



ANADOLU ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 6 - Sayı: 1 - Ocak 2020

Yayın Kurulu Başkanı
Prof. Dr. Hüseyin ÖZCAN

Editör
Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK

İletişim Adresi
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Yunusemre Kampüsü
Tepebaşı / ESKİŞEHİR
Tel: +90 (222) 335 05 80
İletişim: andhd@anadolu.edu.tr
Elektronik Ağ: ahd.dergi.anadolu.edu.tr


Yayına Hazırlayan
Seçkin Yayıncılık A.Ş.
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

Sayfa Tasarımı ve Mizanpaj
Emre KIZMAZ

Yayın Yeri | Yılı
Ankara | Şubat 2020

ISSN
2687-394X

AndHD, elektronik ortamda, çevrimiçi (online) olarak yayımlanan hakemli bir hukuk dergisidir.

AndHD,  **Jurix** veritabanında da indekslenmektedir.

Dergiye yapılan atıflarda “AndHD” kısaltması kullanılmalıdır.

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Danışma Kurulu^(*)

- Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU (*Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bülent KENT (*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ (*Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Enver Murat ENGİN (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Erdal ONAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hamide ZAFER (*Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan ERMAN (*Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI (*Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Nüvit GEREK (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kadir ARICI (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Levent AKIN (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mahmut Tuğrul ARAT (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniv., İktisadi ve İdari Bilimler F.*)
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN (*Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Murat ATALI (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ÇEKER (*Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN (*Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Nevzat TOROSLU (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

(*) Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

- Prof. Dr. Osman DOĞRU (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Osman Berat GÜRZÜMAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (*Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Selin Esen ARNWINE (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Sema Taşpınar AYVAZ (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Sibel ÖZEL (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)
- Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Yücel OĞURLU (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Yüksel METİN (*Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Ziya AKINCI (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

Yayın Kurulu^(*)

- Prof. Dr. Mustafa AVCI
- Doç. Dr. Doğan GÖKBEL
- Doç. Dr. Esra YAKUT
- Doç. Dr. Mesut AYGÜN
- Doç. Dr. Tolga AKKAYA
- Dr. Öğr. Üyesi Ayşen SEYMEN ÇAKAR
- Dr. Öğr. Üyesi Hayriye ŞEN DOĞRAMACI
- Dr. Öğr. Üyesi Hediye BAHAR SAYIN

^(*) Yayın Kurulunda yer alan akademisyenler akademik unvan ve albetik sıraya göre gösterilmektedir.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (**AndHD**),
yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında)
elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir.

Dergiye yapılan atıflarda “**AndHD**” kısaltması kullanılmalıdır.

Bu dergide yayımlanan yazılar da
ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

AndHD'de, hukukun her alanından hakemli makaleler,
hakemsiz makaleler, çeviriler, kitap incelemesi ve
karar incelemelerine yer verilir.

Hakemli makaleler dışındaki yazıların yayımlanması,
Yayın Kurulunun kararına bağlıdır.

Yazıların dili, Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca veya
İtalyanca olabilir.

AndHD'de yayımlanması istenen yazılar başka yerde
yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

AndHD'de değerlendirme süreci elektronik ortamda
çift-körleme yöntemiyle yürütülür.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD)
Yayın İlkeleri

1. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında) elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir. Dergideki yazılar, yazarların sorumluluğundadır.
2. AndHD’de, hukukun her alanından hakemli makaleler, çeviriler, kitap incelemesi ve karar incelemelerine yer verilecektir. Çeviriyle birlikte yazının kaynak dildeki bir nüshası ile çeviri izni de gönderilmelidir. Hakemli makaleler dışındaki yazıların yayımlanması, Yayın Kurulunun kararına bağlıdır. Yazıların dili, Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca veya İtalyanca olabilir.
3. AndHD’de yayımlanması istenen yazılar, başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
4. Yazılar MS Word (MS Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun kaleme alınmalıdır:
 - a. Kağıt boyutu: A4
 - b. Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
 - c. Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı
5. Yazının Türkçe ve altında İngilizce başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, tüm harfleri büyük şekilde yer almalıdır. Yazar ad, soyadı, ünvanı, çalıştığı kurum İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır.
6. Bölüm başlıkları, “1, 2, 3...” olarak sola hizalı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.

Alt başlıklar, “A, B, C...” olarak sola hizalı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

Bundan sonraki başlıklar “a, b, c...” ve ardından gelenler “aa, bb, cc...”, “aaa, bbb, ccc...” olarak sola hizalı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.
7. Hangi dilde yazılmış olursa olsun, tüm yazıların başında, yazının başlığı ile en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan önce Türkçe, sonra İngilizce olmak üzere iki özet yer almalıdır. Ayrıca, konuyu tanımlayan ve Türkçe ile İngilizce özetlere uygun 5’er adet anahtar sözcük bulunmalıdır.

8. AndHD Yayın Kurulunca yapılacak ilk değerlendirme sonucu, bilimsel ölçütlere ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu tespit edilen çalışmalar, tamamen reddedilebileceği gibi, şekli eksikliklerin giderilmesi için yazarına iade edilebilir.
9. AndHD Yayın Kurulunca gerçekleştirilen ilk değerlendirmeden geçen yazılar, yazar adı metinden çıkarılmış şekilde, iki hakeme gönderilir. AndHD, kör hakemlik esasına dayanır.
10. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, rapor çerçevesinde düzeltilmesine yahut yayımlanmamasına karar verilebilir. Yazar, verilen karardan en kısa zamanda ve kural olarak, e-posta ile haberdar edilir. Şayet her iki hakem raporu yazının yayımlanamayacağı yönünde ise, yazı reddedilir ve yazar üçüncü bir hakem incelemesini talep edemez. Buna karşılık hakem raporlarından biri olumlu diğeri olumsuz ise üçüncü hakeme gönderilip, gelen rapor doğrultusunda işlem yapılır. Düzeltilmiş veya tamamlanmış olan yazılar, Yayın Kurulu gerek gördüğü takdirde bir kez daha hakeme gönderilebilir.
11. Tüm hakem raporları, AndHD Yayın Kurulu tarafından 5 yıl boyunca saklanır.
12. Yazar, yayımlanmak üzere kabul edilen yazısının, elektronik ortam dışında basılı olarak yayımlanmasına da izin vermiş sayılır. Yazarlara bir telif ücreti ödenmez.
13. AndHD'ye gönderilen yazılarda kullanılan dipnotlar, sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, sola yaslı olmalıdır.
 - a. Metin içerisindeki ilk kez kullanılan kelime, kısaltılmadan yazılmalı, parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

(Örnek ilk kullanım: Türk Medeni Kanunu (TMK). İkinci kullanım: TMK)
 - b. Dipnotlarda kitaplar; Yazarın adı soyadı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları şeklinde yer almaktadır. Kaynakçada sayfa numarası koyulmamalıdır.

(Örnek dipnot: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2018, s. 10)

(Örnek kaynakça: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2018)

- c. Birden fazla yazarlı kitaplarda, yazarların ad ve soyadlarının arasına “/” işareti koyulmalı, dipnotta ilk kullanımdan sonra sadece soyadları ile yazılmalıdır.

(Örnek ilk dipnot: Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2019, s. 10)

(Örnek ikinci kullanılacak dipnot: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 10)

- d. Dipnotlarda ve kaynakçada makaleler; Yazarın adı soyadı, tırnak içinde makalenin başlığı, italik olarak yayınlandığı derginin adı, yılı, cilt ve sayı numaraları şeklinde yer almalıdır.

(Örnek dipnot: Esat Arsebük, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, C. 1, S. 1, s. 7)

(Örnek kaynakça: Esat Arsebük, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, C. 1, S. 1)

- e. Editörlü veya çevirmenli eserlerde, editör veya çevirmen (Ed) veya (Çev) kısaltması ile, kitabın veya makalenin adından sonra yazılmalıdır.

- f. Dipnotta yazarın soyadı ve sayfa no arasında, birden fazla kez kullanılacak kitaplarda yazarın soyadı ve sayfa no arasında, “a.g.e.,” birden fazla kez kullanılacak makalelerde “a.g.m.,” kısaltması kullanılmalıdır.

(Örnek dipnot: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 10)

- g. Dipnotta yargı kararlarına yapılacak atıflarda; Kısaltılmış Mahkeme Adı, Kısaltılmış Dairesi, Esas no, Karar no, Tarihi belirtilmelidir.

(Örnek Yarg. 2. HD., 2012/01 E., 2015/03 K., 02.01.2015 T.)

- h. Dipnotta birden fazla eser bulunması halinde aralarında “;” işareti kullanılmalıdır.

(Örnek: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 10; Arsebük, a.g.m., s. 13)

- i. Elektronik kaynaklarda URL ve erişim tarihi belirtilmelidir.

(Örnek,

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"fulltext":\["aytentekeli"\],"languageisocode":\["TUR"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-158595"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{), 07.07.2019)

- j.** Kaynakça, yazarların adına göre alfabetik sırayla belirtilmelidir.

Örnek kaynakça:

Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2018.

Esat Arsebük, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, C. 1, S. 1.

Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2019.

- 14.** Yazar, ad, soyadı, unvan, orcid numarası, iletişim adresi, e-posta adresi ve cep telefonu numarasını da, yazısı ile birlikte göndermelidir.

İçindekiler

Tarım Arazilerinin Satılması Halinde Sınırdış Maliklerinin Önalım Hakkı

The Pre-Emption Right of Adjacent Owners in Case of the Sale of Agricultural Lands
Dr. Öğr. Üyesi Gökçe CANARSLAN..... 1

Esas Sözleşme Değişikliklerinde Toplantı ve Karar Yeter Sayıları

Meeting and Decision Quarums in Amendments to the Articles of Association
Dr. Öğr. Üyesi Neval OKAN..... 19

İçtihadı Birleştirme Kurumu ve İptal Kararı Üzerine Fiili Çalışmaya Bağlı Döner Sermaye Ek Ödemelerinin Davacıya Ödenmesi Gerektiğine İlişkin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 2013/2 Esas ve 2018/2 Sayılı Kararı Üzerine Değerlendirme

An Assesment of Unification of Conflicting Judgements Institution and Council of
State Assembly on the Unification of Conflicted Judgements Decision No 2018/2
Principal No 2013/2 Which States that Additional Payments of the Revolving Funds
Connected to the Actual Work Should be Paid to the Plaintiff Upon Cancellation
Decisions
Dr. Öğr. Üyesi Şerife YILDIZ AKGÜL 45

İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme

A Review on Submission Decisions in the Appeal Stage of Administrative
Jurisdiction
Dr. Yunus ERASLAN..... 77

Limited Şirket Ortağının Kamu Borçlarından Sorumluluğu ve Danıştayın 2013/1 E. ve 2018/1 K. Sayılı İBK Üzerine Kısa Bir Değerlendirme

Liability of Limited Company Shareholder for Public Debt and a Brief Assessment
of the İBK Numbered 2013/1 E. and 2018/1 K. of the Council of State
Arş. Gör. İlknur KAYA..... 133

Tüketicilerle Yapılan Abonelik Sözleşmelerinin Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Bakımından İncelenmesi

Reviewing Subscription Contracts Which Signed with Consumers in Terms of the Principle of Freedom of Contract

Arş. Gör. Mehmet ASLAN 159

“Lex Sempronia Tiberiana”: Tiberius Gracchus’un Toprak Reformu ve Toplumsal Kökenleri

“Lex Sempronia Tiberiana”: The Agrarian Reform of Tiberius Gracchus and Its Social Foundations

Arş. Gör. Ozan Giray ŞAHİN 183

Velayet Hakkının Kullanılması, Velayetin Değiştirilmesi

Exercising Custody Right and Subsequent Modifications to the Custody Arrangements

Arş. Gör. Özden ÖZER TAŞKIN 239

Küresel Çerçeve Sözleşmelerin Sendikal Haklara Etkisi Bakımından İncelenmesi

Examining the Effect of Global Framework Agreements on the Trade Union Rights

Arş. Gör. Özge DOĞAN 263

Tarım Arazilerinin Satılması Halinde Sınırdış Maliklerinin Önalım Hakkı^(*)

The Pre-Emption Right of Adjacent Owners in Case of the Sale of Agricultural Lands

Dr. Öğr. Üyesi **Gökçe CANARSLAN^(**)**

Öz

Paylı mülkiyete tabi taşınmaz üzerinde, maliklerin herhangi bir hukuki işlem yapmalarına gerek kalmaksızın doğan yasal önalım hakkı, Türk Medeni Kanunu (TMK) md.732'de hüküm altına alınmıştır. 19.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu md.8/II ile yasal önalım hakkının kapsamı genişletilerek, tarım arazisinin satılması halinde kendisiyle sınır komşusu olan diğer bir arazi malikine, araziyi aynı şartlarla alma hakkı verilmiştir. Sınırdış arazi maliklerine önalım hakkı, tarım arazilerinin büyütülmesi ve ekonomik olarak elde edilen faydanın artırılması amacıyla tanınmıştır. Önalım hakkı, tarım arazisini alan üçüncü kişiye karşı, dava açılarak kullanılacaktır. Birden fazla sınırdış arazi maliki bulunduğu anda ise aralarında tarımsal bütünlük gösteren arazi malikine öncelik verilerek, önalım hakkının kullanılması sağlanacaktır.

Anahtar Kelimeler

Önalım Hakkı, Arazi, Toprak, Malik, Taşınmaz.

Abstract

The legal pre-emption right of owners on the co-owned properties which arises without the need for legal action is provided under Article 732 of the Turkish Civil Code (TCC). The scope of the legal pre-emption right is extended to cover the right of adjacent owners to purchase the land on similar terms in case of the sale of agricultural lands in accordance with Article 8(I)(II) of the Act No. 5403 on Soil Conservation and Land Use which came into force on 19 July 2005. The purpose of recognizing the pre-emption right of adjacent owners is to enable enlargement of the agricultural lands. The pre-emption right shall be exercised by bringing an action against the third party who acquired the agricultural land in question. If there exist more than one adjacent owner, the priority will be given to the owner of the land maintaining the agricultural integrity and that owner will be able to exercise the pre-emption right.

Keywords

Pre-Emption Right, Land, Soil, Owner, Immovable.

^(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 30.09.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 30.09.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 09.10.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 30.09.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 16.10.2019.

^(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
E-mail: gcanarslan@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-7334-1872>.

GİRİŞ

Tarım arazilerine sınırdaş maliklere tanınan önalım hakkı, yasal önalım hakkının bir çeşidi olmakla birlikte, sadece paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda geçerli olan TMK md.732'den, tek kişi mülkiyetindeki arazilerde kullanılabilen bir hak olma özelliğiyle ayrılmaktadır. Önalım hakkından söz edebilmek için bazı şartların bir arada olması beklenmektedir. Öncelikle Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu (TKAKK) ile toprağın korunması ve geliştirilmesi amaçlandığından, önalım hakkı da tüm taşınmazları değil, yalnızca tarım arazisi niteliğindeki taşınmazları kapsamaktadır. Ardından önalım hakkından söz edebilmek için tarım arazisinin satılması ve bu satışın araziye sınırdaş olmayan üçüncü kişiye yapılması gerekmektedir. İsviçre'de tarım arazileri satıldığında araziye işleyen kiracılara da önalım hakkı tanınmaktadır. Türkiye'de 25.06.1973'de kabul edilen, 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu md.123'de kiracılara ve ortakçılara tanınan bu hak, kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından 19.10.1976'da iptal edilmesiyle, ortadan kalkmıştır.

Tarım arazisinin satıldığı noter tarafından kendisine bildirilen sınırdaş malik, önalım hakkını, üç ay içinde dava açarak kullanabilecek, bildirilmese dahi satıştan itibaren iki yıl sonrasında hak düşürücü süre gündeme gelecektir. Önalım hakkını kullanmak isteyen birden fazla sınırdaş malik olduğunda kanun tarafından, tarımsal bütünlük gösteren malike öncelik verileceği belirtilmektedir.

1. BÖLÜM:

TARIM ARAZİLERİ MALİKLERİNİN ÖNALIM HAKKININ ÖZELLİKLERİ

A. Yasal Önalım Hakkı

Önalım hakkı malike, taşınmazını bir başka kişiye sattığında hak sahibine, tek taraflı beyanı ile taşınmazın alıcısı olma yetkisi vermektedir.¹ Bu hak, ka-

¹ Maryse Pradervand-Kernen, *Les Droits de Prémption, d'Emption et de Réméré: Questions en Lien Avec le Registre Foncier*, Zürich, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, 2019, s.70; Bénédict Foëx, "Quelques Questions Pratiques Relatives aux Droits de Prémption du CC/CO", *Zürcher Notariatsverein, RNRF*, Zürich, 2007, C.88, S.1, s.2; Marie von Fischer Lehmann, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar*, Zürich, Orell Füssli Verlag, 2016, s.1337; Robert Haab/ August Simonius/ Werner Scherrer/ Dieter Zobl/ *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht*, Zürich, Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1, 1977, s.400; Tarkan Göksu, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, (Ed. Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, s.22; Paul-Henri Steinauer, *Les Droits Réels (Tome II)*, 4. Baskı, Berne, Edition Staempfli+Cie SA, 2007, s.195; C. Wieland, *Ayni Haklar*, Ankara, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın Müdürlüğü, 1946, s.251; Maryse Pradervand-Kernen, "Les Droits de Prémption, d'Emption et de Réméré: Questions en Lien avec le Registre Foncier", *Zürcher Notariatsverein*, 2019, C.100, s.71; Kemal Oğuzman/ Özer Selçil/ Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s.536; Selahattin Sulhi Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988, s.38; Ferit Hakkı Saymen/ Halid Elbir, *Türk Eşya Hukuku*, İstanbul,

nundan veya sözleşmeden doğabilir. Türk Medeni Kanunu md.732’de yer alan paylı mülkiyetteki taşınmazın başka kişiye satılması halinde diğer paydaşlara tanınan bu hak, kanundan doğmakta ve yasal önalım hakkı olarak, taşınmaz mülkiyeti üzerinde kısıtlama yapmaktadır. Yasal önalım hakkı, mülkiyet hakkına bağlı olduğu için herhangi bir sözleşme yapılmasına veya Tapu Sicili’ne şerh edilmesine gerek kalmaksızın doğmakta ve herkes tarafından bilindiği varsayılmaktadır. Bunun yanında TMK md.735’de paylı mülkiyete tabi olup olmadığına bakılmaksızın sözleşmeyle de Türk Borçlar Kanunu (TBK) md.237 vd. hükümlerine göre (sözleşme özgürlüğü kapsamında) herhangi bir kimseye önalım hakkı tanınabileceği belirtilmiştir.

03.07.2005 tarihinde kabul edilerek 19.07.2005’de yürürlüğe giren 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu md.8/İ/II’de tarım arazilerinde bir diğer yasal önalım hakkı daha düzenlenmiştir. Kanunun ilk halinde bulunmayan bu hak, 30.04.2014 tarihinde kabul edilerek 15.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun md.5 ile sınırdış tarımsal arazi maliklerine tanınmıştır.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu md.8/İ/II “*Tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdış tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdış maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdış malikler önalım haklarını kullanamaz. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdış tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdış arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir.*” hükmüyle tarım arazilerine, TMK md.732’in aksine taşınmazın paylı mülkiyete tabi nitelikte olma şartı aranmaksızın, kanundan doğan önalım hakkı getirilmiştir.

Kanunda, bunun dışında tarım arazisinin üzerinde, aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulduğu takdirde, arazinin bölünmesinin önüne geçilmesi için ortaklardan birinin payını üçüncü kişiye satması halinde, diğer ortaklara da önalım hakkı tanınmıştır (TKAKK md.8/İ/I). Eğer ortaklar bu hakkı kullanmazlarsa hak, sınırdış arazi maliklerine geçmektedir. Kanunun gerekçesinde sınırdış malike tanınan önalım hakkının, arazilerin büyümesi hedef alınarak tanındığı belirtilmektedir.²

İsmail Akgün Matbaası, 1954, s.409; Kemal Gürsoy/ Fikret Eren/ Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978, s. 657; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2017, s.409. Jale Akipek/ Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2018, s.553; Turhan Esener/ Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s.257; Selahattin Sulhi Tekinay, *Eşya Hukuku*, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1970, s.435 (Eşya); Suad Bertan, *Aynı Haklar*, Cilt I, Ankara, Balkan Basım ve Cilt Evi, 1976, s.723.

² Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Genel Gereği, s.11. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss564.pdf> (erişim: 10.08.2019)

Yasal önalım hakkı, TMK md.732’de öngörüldüğü üzere sadece paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda ve TKAKK md.8/İ/II’de belirtilen şartlardaki tarım arazilerinde kurulabilmektedir. Ancak İsviçre’de bunların dışında kanundan doğan başkaca önalım hakları da yer almaktadır. Örneğin mehz İsviçre Medeni Kanunu’nun (CCS) ilk halinde bulunmaksızın 01.01.1965 tarihinde md.682’de yapılan değişiklikle, bir taşınmazın üzerinde sürekli ve bağımsız üst hakkı bulunmaktaysa onun malikine üst hakkını; üst hakkı sahibine de bu taşınmazı, öncelikle satın alma hususunda bir önalım hakkı tanınmıştır.³ Ayrıca 04.10.1991’de kabul edilerek 01.01.1994’de yürürlüğe giren Tarımsal Taşınmaz Hukuku Hakkında Federal Kanun⁴ md.42 vd.’de tarım işletmesi veya arazilerinin maliki öldüğünde altsoyunun, kardeşlerinin ve onların çocuklarının belirli şartlar dahilinde önalım hakkının bulunduğu hüküm altına alınmıştır.⁵ Aynı kanunda tarımsal işletme veya arazileri kira sözleşmesi kapsamında elinde bulunduran kişilerin, işletme veya arazinin satılması halinde bunlar üzerinde yasal önalım hakkına da yer verilmektedir (md.47).⁶ Benzer bir hüküm Türk Hukuku’nda 25.06.1973’de kabul edilerek 19.07.1973’de yürürlüğe giren 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu md.123’de yer almaktaydı. Buna göre kiracı veya ortakçı işlediği toprakta önalım hakkına sahipti. Ancak kanun, 19.10.1976’da Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.⁷

B. Tarım Arazileri

Türk Medeni Kanunu md.732’nin yanında kanundan doğan bir diğer önalım hakkı olarak TKAKK md.8/İ/II’de düzenlenen hak, tüm taşınmazlarda değil, sadece tarım arazilerinde kullanılacaktır. Tarım arazileri, TKAKK md.3/d hükmünde “*Toprak, topografya ve iklimsel özellikleri tarımsal üretim için uygun olup, hâlihazırda tarımsal üretim yapılan veya yapılmaya uygun olan veya imar, ihya, ıslah edilerek tarımsal üretim yapılmaya uygun hale dönüştürülebilen*” araziler olarak belirtilmiştir. Tarım arazileri de kendi içlerinde

³ Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s.553. Tarihçe için bkz: Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, a.g.e., s.400.

⁴ Loi fédérale sur le droit foncier rural

⁵ Steinauer, a.g.e., s.202; Jean-Michel Henny, “Les Droits à l’Attribution et les Droits de Préemption Ruraux sur un Immeuble Agricole”, *Revue de droit Privé et Fiscal du Patrimoine*, Schulthess Editions Romandes, 2015, C.1, S.7, s.7; Michel Mooser, “Le Droit d’Emption des Parents Selon les art. 25 à 27 LDFR”, *Une Empreinte sur le Code Civil Mélanges en l’Honneur de Paul-Henri Steinauer*, 2013, s.403; José-Miguel Rubido, *L’exercice du Droit de Préemption Immobilier au Regard du Droit Privé*, Zürich, Schulthess Editions Romandes, 2012, s.188.

⁶ Tarımsal Taşınmaz Hukuku Hakkında Federal Kanun md.47’de yer alan çiftçinin önalım hakkının uygulaması, (İsviçre Medeni Kanunu md. 681, İsviçre Borçlar Kanunu md. 216c) genel hükümlere başvurularak yürütülmektedir. Pascal Pichonnaz/ Franz Werro, “La Jurisprudence Récente en Droit Privé”, *Journées Suisses du Droit de la Construction*, Institut Pour le Droit de la Construction, 2009, s. 324; Henry, a.g.e., s.11.

⁷ Anayasa Mahkemesi 1973/42 E., 1976/48 K., 19.10.1976 T.

Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından koşulları belirlenerek, ürün elde etmeye elverişli mutlak tarım arazisi, yöreye adapte olmuş türlerin dışındaki ürünlerin elde edilebileceği özel ürün arazisi, ağaç, ağaççık ve çalı formundaki bitkilerin bulunduğu dikili tarım arazisi ve sadece geleneksel tarımın yapıldığı marjinal tarım arazileri olarak ayrılmaktadır (TKAKK md.3).⁸

Bu noktada arazinin tarım arazisi olup olmadığına karar vermek için arazinin fiilen işlenip işlenmediği veya ürün alabilmek için maliki tarafından arazinin nasıl işleneceğinin bilinip bilinmemesi önem taşımaz. Zira tarım arazilerinin nitelendirilmesine ilişkin değerlendirilmeler ve etüdler yapılırken bu hususlar göz önüne alınarak araziler ayrılmış ve arazinin niteliği kanunda belirtilmiştir. Bu sebeple arazinin fiilen işlenip işlenmemesi, pratikte bir fayda sağlamamaktadır. Önalım hakkı, aralarında ayırım yapılmaksızın kanunda tarım arazisi olarak belirtilen her yerde kullanılabilir.

C. Tarım Arazileri Maliklerinin Önalım Hakkının, TMK md.732'de Yer Alan Önalım Hakkıyla Karşılaştırılması

Hem TMK md.732'de,⁹ hem de TKAKK md.8/İ/II'de yer alan haklar, kanun gereği kurulmaları sebebiyle yasal önalım hakkı niteliğindedir. Tarım arazisinde yasal önalım hakkının tanınmasının amacı, tarım arazilerinin parçalanmasına engel olunarak, büyük ölçüde ekonomik birliğin sağlanması veya devam etmesidir.¹⁰ Şöyle ki gerek taşınmaz elbirliğiyle malik olarak bu taşınmazdan birlikte yararlanan ve işleyen kişilerin aralarındaki ilişkiye yabancı bir kişinin pay sahibi sıfatıyla girmesiyle, gerekse de birbirine komşu iki tarım arazisinin birlikte ekilerek daha az masrafla ürün elde edilmesi için yasal önalım hakkı tanınmıştır. İlk durumda elbirliğiyle malik olanların arasına giren yabancı kişi, o güne kadar yararlanan taşınmaz üzerinde söz hakkı sahibi olacaktır. Böylece yeni paydaşın, eski paydaşların aralarındaki uyum ve düzeni bozarak, taşınmazdan efektif biçimde yararlanılmasını engelleyip, onları zor duruma sokma ihtimalini ortadan kal-

⁸ Bunların dışında bitkilerin büyüme devresinde ihtiyaç duyduğu suyun kontrollü bir şekilde karşılandığı sulu tarım arazisi ve iklim ile diğer dış etkilerin olumsuzluklarının azaltılması için cam, naylon vb. malzeme altında üretim yapılan seralar da tarım arazisi kavramı içinde değerlendirilmektedir (Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Yönetmelik md.3).

⁹ Pradervand-Kernen, a.g.e., s.72; Haab Simonius/Scherrer/Zobl, a.g.e., s.400; Fikret Eren, "Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. XII, S. 1-2, s.103; Vehbi Umut Erkan, "Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C.5, S.1, s.272; Sinan Okur, "Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C.9, S.1, s.113.

¹⁰ Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Genel Gereği, s.4. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss564.pdf> (erişim: 10.08.2019)

dırmak için, taşınmazın satılması halinde kanun tarafından öncelikle diğer paydaşlara alıcı olabileme yetkisi tanınmıştır. Bu hak, TMK md.732’de “*Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler.*” ifadesiyle yer almaktadır. İkinci durum ise TKAKK md.8/İ/II’de düzenlenmiş olup, birbirine komşu olan tarım arazilerinden birinin satılması halinde, diğer arazi malikine önalım hakkı tanınarak hem tarım arazilerinin toplulaştırılmasına fayda sağlayacak, hem de sınırdaş iki arazinin birlikte ekilmesiyle araç-gereç, ürün toplama, taşıma faaliyetleri azalacaktır. Bunun sonucunda daha büyük araziden elde edilecek daha fazla ürün, ekonomiye fayda sağlanacaktır.

Her iki yasal önalım hakkı da taşınmazlarda söz konusu olmakta¹¹ ve taşınırılar üzerinde böyle bir hakkın varlığından bahsedilememektedir.¹² Paylı mülkiyetteki bir taşınmaz üzerindeki payın, paydaşlardan birine satılması halinde, diğer paydaşların önalım hakkı bulunmamaktadır. Benzer bir hüküm de TKAKK md.8/İ/II’de düzenlenerek, tarım arazisinin satılması halinde, eğer alıcı bu taşınmaza sınır komşusu olan bir başka taşınmazın maliki ise, diğer sınırdaş maliklerin önalım hakkını kullanmalarına imkan tanınmamıştır.¹³ Başka deyişle her iki hüküm de taşınmazın paydaş veya komşu olmayan üçüncü kişiye satılması halinde gündeme gelecektir.

Yasal önalım hakkı, (sözleşmeden doğan önalım hakkının aksine) kişiye değil, paya bağlı bir haktır. Başka deyişle eşya üzerinde elbirliğiyle malik olan her paydaşın, payı sebebiyle yasal önalım hakkını kullanması mümkündür.¹⁴ Oysa TKAKK md.8/İ/II’de yer alan hak, paydaşlıktan ziyade iki taşınmazın sınır komşusu olmalarına dayanmaktadır. Bu sebeple TKAKK md.8/İ/II’de yer alan önalım hakkının kullanılması için taşınmazın, paylı mülkiyette olması şartı aranmamaktadır.¹⁵

¹¹ Sözleşmeye dayalı önalım hakkı, hem taşınmazlar hem de taşınırılar üzerinde kurulabilir Bkz: Tekinay, a.g.e., s.46; Aynı yönde açıklamalar için bkz: Saymen/Elbir, a.g.e., s.413.

¹² Yasal önalım hakkı, taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları arasındadır, ancak eşya üzerinde doğrudan doğruya satış veya devir engeli oluşturmaz. Taşınmaz satılmadığı sürece bu hakkın kullanılması mümkün değildir.

¹³ TKAKK md.8/İ/II 2.cümle “*Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz.*”

¹⁴ TMK md.732’de yer alan yasal önalım hakkının kullanılması için paylı mülkiyet ilişkisi kurulması gerekmektedir. Buna karşılık elbirliği mülkiyetinde önalım hakkından söz edilemez. Çünkü ortaklardan herhangi birinin pay satışı yapamayacağı için, diğer ortaklara böyle bir hak tanınmaz. Ancak taşınmaz üzerinde kısmen paylı kısmen de elbirliği mülkiyeti varsa, yani belli paylar elbirliği mülkiyetine konu olmuşsa bunun satışı halinde, önalım hakkı gündeme gelebilir. Tekinay, a.g.e., s.38.

¹⁵ Yarg.14. H.D., E. 2015/12473, K. 2016/4024, T. 4.4.2016. İlk derece mahkemesinin satılan tarım arazisinin paylı mülkiyette olmadığından bahisle, sınırdaş malikin önalım hakkını kullanamayacağına ilişkin kararı, Yargıtay tarafından bozulmuştur.

TKAKK md.8/İ/II'de yer alan hak sadece kanunda tarım arazisi yapılmak üzere ayrılmış taşınmazların satışı halinde söz konusu edilebilir. Oysa TMK md.732'de yer alan hakkın kullanılabilmesi için hakkın konusunun taşınmaz olması yeterlidir ancak niteliği, ev veya arsa olması önemsizdir. Bununla birlikte 23.06.1965 tarihinde kabul edilen 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu md.8'e göre kat mülkiyetine tabi bir gayrimenkuldeki bağımsız bölümün satılması halinde diğer kat maliklerinin önalım hakkı bulunmamakta, fakat paylı mülkiyette olan bir bağımsız bölümün paydaşlarından biri payını başkasına sattığında önalım hakkı gündeme gelebilecektir.¹⁶

Mehaz İsviçre Medeni Kanunu md.681/3'de yasal önalım hakkının, devredilemeyeceği ve mirasçıya geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır.¹⁷ Bu hak, sadece hak sahibi sıfatına bağlı olarak, onun tarafından kullanılabilir. Ne TMK md.732, ne de TKAKK md.8/İ/II hükümlerinde bu ibare yer almaktadır. Buna karşılık TBK md.239'da sözleşmeden doğan önalım hakkının, aksine anlaşma olmadıkça devredilemeyeceği fakat miras yoluyla geçeceği hüküm altına alınmıştır.

2. BÖLÜM:

TARIM ARAZİLERİ MALİKLERİNİN KULLANABİLECEĞİ ÖNALIM HAKKININ ŞARTLARI

A. Tarım Arazilerinin Satılması

Yasal önalım hakkı, arazi üzerinde yük oluşturmaya rağmen bu yük, sadece arazinin satılmasıyla birlikte söz konusu olacak, satıştan önce kullanım veya yararlanma ile ilgili bir kısıtlama gündeme gelmeyecektir.¹⁸ Başka deyişle taşınmaz üzerinde önalım hakkının bulunması, taşınmazın satılmasına engel olmayacak, hatta bu hak kullanılmadıkça ortada bir kısıtlama da bulunmayacağı gibi yapılan satış, geçerli olarak varlığını sürdürecektir.¹⁹ TKAKK md.8/İ/II hükümlerince tarım arazilerinde kullanılacak önalım hakkı için de, TMK md.732 hükümlerinde olduğu gibi, arazinin satılması gerekmektedir. TMK md.732'de "*payın satılması*"ndan, TKAKK md.8/İ/II'de ise "*arazilerin satılması*"ndan söz edilmektedir. TKAKK uyarınca önalım hakkının kullanılması için,

¹⁶ Kat Mülkiyeti Kanunu md.8 "*Kat mülkiyeti kurulmuş bir gayrimenkulün bağımsız bölümlerinden birinin veya kat irtifakı bağlanmış arsa payının satılması halinde diğer kat maliklerinin veya irtifak hakkı sahiplerinin öncelikle satın alma hakkı yoktur. Bir bağımsız bölümün paydaşlarından birinin kendi payını başkasına satması halinde öteki paydaşlar, öncelikle satınalma hakkını kullanabilirler. Sözleşmede bu maddenin aksine hüküm konulabilir.*"

¹⁷ Steinauer, a.g.e., s.197; Göksu, a.g.e., s.216; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, a.g.e., s.412; Henry, a.g.e., s.9.

¹⁸ İsviçre Federal Mahkemesi ATF 126 III 421, 10.07.2000

¹⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, a.g.e., s.536; Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s.655.



arazinin bütünüyle devredilmesi gerekmektedir. Paylı mülkiyete tabi bir arazi söz konusu olduğunda tek bir payın devri halinde, TKAKK'da belirtilen hak, kullanılamayacaktır.²⁰

Sözleşmeye dayalı önalım hakkı, sadece taşınmazın satılmasında değil, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hallerinde kullanılabilir (TBK md.240). İsviçre Borçlar Kanunu (CO) md.216c'de, taşınmazın payını "edinen" üçüncü kişinin, yasal önalım hakkına sahip olduğu ifadesiyle, sadece satış değil, herhangi bir şekilde ivazlı olarak söz gelimi trampa sözleşmesiyle de mülkiyetin devredilmesi halinde de önalım hakkının gündeme gelebileceği açıkça belirtilmiştir.²¹ Doktrinde bir görüş yasal önalım hakkının da tıpkı sözleşmeden doğan önalım hakkında olduğu gibi, hem satış hem de satışa eşdeğer işlemlerde söz konusu olabileceği sonucuna varmaktadır.²² Bu görüşe göre yasal önalım hakkı, paylı mülkiyet payının bir bedel karşılığı devir edildiği hallerde kullanılabilir ve bu hallerin başında satış sözleşmesi geldiği için, satışın dışında trampa gibi karşılık olarak para yerine belirli mallar olması durumunda da önalım hakkından bahsedilebilecektir. Buna karşılık diğer bir görüş, kanunun lafzından yola çıkarak, yasal önalım hakkının sadece satış halinde kullanılacağını, satışın dışında mülkiyeti devir borcu doğuran trampa veya bağışlama gibi hukuki işlemlerde bu hakkın söz konusu edilemeyeceği sonucuna varmaktadır.²³ Kanaatimizce öncelikle bağışlama ile mülkiyet devrinin karşılığının para dışında bir başka mal olduğu trampa sözleşmesinin birbirinden ayrılması gerekmektedir. Bunun sonucunda bağışlamada, mülkiyet ivazsız olarak devredileceği için önalım hakkının kullanılamayacağı, trampada ise para olmasa da mal olarak bir karşılık bulunduğundan önalım hakkının da satışa eşdeğer bir hukuki işlem olarak gündeme geleceği sonucuna varılabilir.

İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Borçlar Kanunu md.745 uyarınca tasfiye edilen bir şirketin kiracısı olduğu tarım arazisinde şirket tasfiyesinin, yasal veya ekonomik anlamda satışa eşdeğer bir işlem olmadığı gerekçesiyle, önalım hakkının bulunmadığına karar vermiştir.²⁴ Şüphesiz ki malikin isteği dışında,

²⁰ İzmir BAM., 14. H.D. 2017/262 E., 2017/302 K., 24.4.2017 T.

²¹ Pradervand-Kernen, a.g.e., s.83; Steinauer, a.g.e., s.196; Fischer Lehmann, a.g.e., s.1337.

²² Tekinay, a.g.e., s. 40. 818 Sayılı Borçlar Kanunu döneminde önalım hakkının kullanılabilmesi için yapılan pay devrinin sadece şekil açısından değil, tarafların ona verdikleri anlam ve güttükleri amaç bakımından da satış, yani payın bir bedelle değiş tokuşu niteliğinde olması şartı aranmasına ilişkin bkz: Tekinay, a.g.e., s. 43. Önalım hakkını, İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi, taşınmazın payını "edinen" kişinin kullanmasına ilişkin düzenleme görüşü için bkz: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s.553.

²³ Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s.656.

²⁴ İsviçre Federal Mahkemesi, ATF 126 III 187, 22.12.1999

özellikle cebri icra yoluyla yapılan satışlarda önalım hakkı kullanılamayacaktır. Başka deyişle önalım hakkı sahibi, cebri icra yoluyla satılan bir taşınmazın satıldığı bedelden yararlanamayacaktır.²⁵

Önalım hakkının kullanılabilmesi için satışın kanuna uygun, geçerli, hüküm doğuran bir satış olması gerekmektedir.²⁶ Geçersiz bir satış sözleşmesinde veya sözleşme görüşmeleri sırasında önalım hakkından söz edilemeyecektir. Satış görünümünde olmasına rağmen içeriğine hakim olan unsurların mirasın paylaşılması, trampa veya bağışlama özelliği gösteren hukuki işlemlerde ise önalım hakkı kullanılamayacaktır. Zira yapılan devir işleminin, sadece şeklen satış değil, tarafların o işlemlerle ilgili amaçlarının da taşınmazın bir bedel karşılığında devri olması gerekmektedir.²⁷

B. Satışın Üçüncü Kişiyeye Yapılması Zorunluluğu

Tarım arazisinin satılması halinde sınırdış arazi malikinin önalım hakkını kullanabilmesi için bu satışın, üçüncü kişiyeye yapılması gerekmektedir. Arazi paylı mülkiyete tabi olup da pay, paydaşlardan bir veya birkaçına satılmışsa TKAKK md.8/İ/II'den söz edilemeyecektir. Zira TKAKK md.8/İ/II payın değil, arazinin tamamının satılmasını düzenlemektedir.²⁸ Şüphesiz ki şartları oluştuğu takdirde TMK md.732'de yer alan yasal önalım hakkı gündeme gelebilecektir.

Arazi, üçüncü kişi olmasına rağmen kendisine sınır komşusu bir malike satılmışsa, çevresindeki diğer sınırdış arazi maliklerinin de önalım hakkı bulunmamaktadır (TKAKK md.8/İ/II). Bu durum kanunun korumak istediği menfaate de uygun düşmektedir. Şöyle ki bu düzenleme tarım arazilerinin toplulaştırılmasına yardımcı olarak, ekimin sürekliliğini ve büyük arazilerde yapılacak tarımın verimliliğini hedef almaktadır.

Önalım hakkı, sınırdış arazinin malikindedir. Mülkiyet hakkının dışında başka bir ayni veya şahsi hak sahibinin dava açması mümkün değildir. Örneğin üzerinde intifa hakkı kurulmuş bir arazinin satılması halinde, çıplak mülkiyeti satın alan kişiyeye karşı önalım hakkı öne sürülebilecekken, intifa hakkı sahibinin, çıplak

²⁵ Steinauer, a.g.e., s.196. Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki cebri icra ile yapılan satışlarda önalım hakkının kullanılmasına ilişkin tartışmalar için bkz: Akipek/Akintürk/Ateş, a.g.e., s.553.

²⁶ Haab/Simonius/Scherrer/ Zobl, a.g.e., s.416; Akipek/Akintürk/Ateş, a.g.e., s.553; Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s.655.

²⁷ Tekinay, a.g.e., s. 42; Yarg İBK., 1956/12 E., 1957/2 K., 27.03.1957 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda "Müşterek mülkün hissedarı, hissesini kan ve kocaya evlada veyahut akrabaya temlik etmesi halinde şeklen satış akti bulunsa hile hakikatte satıştan gayri miras hukukuna müteferri maksatların veya hibe gibi mülahazaların hakim olduğu ahvalde Medeni Kanunun hakiki satışlarda kabul eylediği şufa hakkının cereyan etmeyeceğine" karar verilmiştir.

²⁸ Anayasa Mahkemesi 2014/133 E., 2014/165 K., 30.10.2014 T.

mülkiyetin el değiştirmesi konusunda bir söz hakkı bulunmamaktadır. Aynı şekilde kullanma borcu doğuran bir sözleşme uyarınca (TBK md.299 vd. kira sözleşmesi, TBK md.357 vd. ürün kirası sözleşmesi vb.) satılan arazi üzerinde kullanım hakkına sahip başka kişilerin olması da bu kişiler lehine önalım hakkını doğurmayacaktır. Oysa 25.06.1973 tarihli, 1757 sayılı ve 10.05.1977'de yürürlükten kalkan²⁹ Toprak ve Tarım Reformu Kanunu md.123'da arazi üzerinde "kiracı veya ortakçı" bulunduğu, sözleşme süresi sona ermeden arazinin satılmak istenmesi halinde bu kişilerin işledikleri toprağı öncelikle satılma hakkının olduğu belirtilmiştir. Kira sözleşmesi devam eden arazi satılmak istendiği takdirde malikin durumu Tapu Sicili'ne beyan etmesi ve Tapu Sicili tarafından satışın kiracı veya ortakçıya bildirilmesinden itibaren, öğrenme ile başlayan bir aylık süre içinde önalım hakkının kullanılması gerekmektedir. Bu kanun Anayasa Mahkemesi tarafından 19.10.1976'de şekle aykırılık gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Bütün bunlar bir arada değerlendirildiğinde, tarım arazisi üzerinde kullanma, yararlanma ve tüketme hakkını bir bütün olarak elinde bulunduran mülkiyet hakkı sahibinin arazisini satması halinde, bu yetkilerden biri veya birkaçına sahip aynı ya da şahsi bir hakka dayanarak araziye elinde bulunduran kişiye de önalım hakkı tanınması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki intifa hakkı veya kira sözleşmesine dayanarak arazinin zaten onu elinde bulunduran intifa hakkı sahibine veya kiracıya satılmasının, arazinin ve ekilecek ürünlerin tanınması gibi ekonomik faydanın daha üst değerlerde sağlanması yönünden, pratik yararı göz ardı edilemez. Önalım hakkının tanınmasında temel gerekçe ekonomik verimliliğin ve tarımsal üretimin artırılmasıdır.³⁰ Ayrıca tarım arazisinin satışında malik açısından, aynı şartlarda önalım hakkı kullanılacağı için kime satıldığı önemli olmakta ve kiracı lehine önalım hakkının getirilmesiyle malikin zarar görmesi mümkün değildir. Tarımsal faaliyet açısından Türkiye'ye benzer özellik gösteren İsviçre'de 04.10.1991 tarihli Tarımsal Taşınmaz Hukuku Hakkında Federal Kanun md.47'de çiftçinin önalım hakkı kenar başlığıyla, devredilecek tarım işletmesi veya arazisinde kira sözleşmesiyle hak sahibi olan kişilerin, önalım haklarının bulunduğu bahsedilmektedir. Ancak bu hakkın söz konusu edilebilmesi için tarım arazisinin tamamının kiralanmış olması gerekmekte, sadece bir kısmını kiralayan kiracının, önalım hakkı bulunmamaktadır.³¹

²⁹ Anayasa Mahkemesi 1973/42 E., 1976/48 K., 19.10.1976 T. kararına göre, kanun iptal edildiğinde boşluk oluşacağı için iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de 10.05.1977'de yayımından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

³⁰ Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Genel Gerekçesi, s.5 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss564.pdf> (erişim: 10.08.2019)

³¹ Nathalie Negro-Romailer, "Les Améliorations Structurelles dans les Secteurs de Vigne", *Revue de Droit Administratif*, 2008, C.1, s.172.

Kanaatimizce aynı durum sadece şahsi hak sahipliğinde değil, intifa hakkı gibi aynı bir hakla yüklenen arazi için de geçerli olmalıdır. Bu şekilde bir düzenleme yapılarak önalım hakkının kapsamının şahsi veya aynı hak sahipleri lehine genişletilmesiyle birlikte, arazisi intifa hakkıyla yüklü çıplak mülkiyet hakkı sahibi de korunacaktır. Zira intifa hakkı ile yüklü arazinin devredilmesi, hakkın sona ermesi sonucunu doğurmayacak, alıcı genellikle uzun süreli hatta hak sahibinin yaşam süresince kurulmuş olan bu hakka katlanmak zorunda bırakılmıştır. Kira sözleşmesi söz konusu olduğunda araziyi devralanın kira sözleşmesini sona erdirmesi mümkün iken, intifa hakkının aynı hak olma özelliği, satın alan kişiye sona erdirme hakkı vermemekte ve bu durum, intifa hakkı ile yüklü arazinin satış bedelinin çoğu zaman yüksüz bir araziden daha düşük bedelle satılması sonucunu doğurmaktadır. Bu sebeple intifa hakkıyla yüklü arazi için hak sahibine önalım hakkı tanınarak, çıplak mülkiyet hakkı sahibinin de düşük bedele razı olmak zorunda bırakılmasının önüne geçilebilir.

C. Hakkı Kullanacak Kişinin, Sınırdış Tarım Arazisinin Maliki Olması

Tarım arazisinin satılması halinde, diğer bir arazi malikinin önalım hakkını kullanabilmesi için arazilerin yan yana ve sınırdış olması gerekmektedir. Aralarında herhangi bir bağlantı bulunmayan başka tarım arazisi malikinin, satılan arazi üzerinde önalım hakkı bulunduğu bahsedilemez. Ayrıca önalım hakkını kullanmak isteyen sınırdış malikin de, arazinin tamamına sahip olması, aksi halde örneğin arazinin paylı mülkiyette olup da sadece bir kısmının malikinin önalım hakkını kullanmak istemesinde kanunun beklediği fayda olan toprak bütünlüğünün sağlanamayacağı ifade edilmektedir.³²

TKAKK md.8/İ/II'de belirtilen hakkın söz konusu olması için arazinin mülkiyetinin devredilmesi gerekmektedir. Mülkiyetin devri sonucunu doğurmayan hukuki işlemler, örneğin arazide intifa hakkı kurulması gibi aynı veya ürün kirası sözleşmesi yapılması gibi şahsi hakların tesisi, sınırdış arazi malikine önalım hakkını vermez.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un eleştirisi, küçük çiftçilerin arazileri büyük çiftçilere devretmek zorunda kalacakları ve bunun mülkiyet hakkına müdahale olduğu ayrıca bir sınırdış malik tarafından önalım hakkının kullanılmasıyla diğer sınırdış maliklerin bundan yararlanamayacağı için durumun kamu yararına aykırı olduğu noktalarında toplanmaktadır.³³ TKAKK md.8/İ/II'nin, Anayasa md.7 (Ya-

³² 14. H.D. 2016/1445 E., 2018/2496 K., 29.03.2018 T.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Cevdet Yavuz, Murat Topuz, "Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukukuna İliş-

sama yetkisi), Anayasa md.13 (Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması), md.35 (Mülkiyet hakkı), md.44 (Toprak mülkiyeti), Anayasa md.90 (Milletlerarası anlaşmaları uygun bulma) hükümlerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali davasında Anayasa Mahkemesi, kanunun Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.³⁴ Mahkeme kararında, önalım hakkının paylı mülkiyete münhasır olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmadığından, tarımsal işletmelerin sayısının azalıp büyüklükleri artan modern ülkelerin aksine ülkemizde tam tersi olduğu için tarım arazilerinin büyümelerinin sağlanmasının kamu yararına aykırı olmadığından bahisle kanunun mülkiyet hakkına müdahalede bulunmadığına karar vermiştir.

TKAKK'nin genel gerekçesinde de Türk Medeni Kanunu İsviçre'den iktibas edilirken, bölünmelerinin engellenmesi için bazı maddelerin alınmadığı ve kantonlara bırakılan düzenlemelerin Türk Hukuku'nda olmadığı, Almanya'da tarım arazileri için ekonomik olmayan küçüklükteki satışlara izin verilmediği, Fransa'da tarım arazisinin belirlenen bir ölçünün altında satılmak istenmesi halinde izin belgesi istendiği gibi arazilerin gerek satış gerekse de miras yolu ile intikallerinde bazı sınırlamalar olduğu belirtilmektedir.³⁵

Küçük çiftçilerin tarım arazilerinde genellikle kiracı veya ortakçı olarak çalıştıkları göz önüne alındığında, arazinin satılması halinde aynı veya şahsi hak sahibi bu kişilere de önalım hakkı tanınması, kanuna yapılan önalım hakkının küçük çiftçilerin zararına olacağı ve arazilerin büyük çiftçilerin elinde toplanacağına ilişkin itirazları da ortadan kalkacaktır.

3. BÖLÜM:

TARIMSAL ARAZİ MALİKLERİ TARAFINDAN ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI

A. Önalım Hakkı Davasının Açılması

Tarım arazilerinin satılması halinde önalım hakkının kullanılması ile ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer verilmeyerek, Türk Medenî Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. TKAKK md.8/İ/III'de yapılan atıf gereğince TMK md.732 vd.'de yer alan yasal önalım hakkı gibi, araziye satın alan üçüncü kişiye karşı aynı şartlarda araziye almak üzere dava açılarak kullanılacaktır. Önalım

kin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler", *Mehmet Akif Aydın'a Armağan*, 2015, C.21, S.2, s.675; Turan Şahin, "Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, C.24, S.2, s.907.

³⁴ Anayasa Mahkemesi 2014/133 E., 2014/165 K., 30.10.2014 T.

³⁵ Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Genel Gerekçesi, s.5 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss564.pdf> (erişim: 10.08.2019)

hakkı sahibi ve üçüncü kişi arasında yasal bir ilişki olmamasına rağmen mülkiyetin kendisine devrinin sebebi, arazi maliki ile üçüncü şahıs arasındaki satış sözleşmesidir.³⁶ Davanın açılmasıyla hakim tarafından arazinin, önalım hakkı sahibi adına tescil edilmesine karar verilecektir.³⁷

Önalım hakkı davasında davacı, sınırdış malik olup kanunda, mülkiyet hakkı dışında başka bir ayni veya şahsi hak sahibinin dava açmasına imkan tanınmamaktadır. Kanaatimizce yasal düzenleme yapılarak önalım hakkının arazideki kiracı veya intifa hakkı sahibi kişilere de tanınması, kanunun genel gerekçesinde belirtilen ekonomik verimliliğin ve tarımsal üretimin artmasına da yardımcı olacaktır. Yasal önalım hakkının tarım arazilerinde kapsam alanının genişletilerek hem sınırdış malike ve hem de kiracıya tanınması halinde, birden fazla kişi önalım hakkını kullanmak istediğinde hangisine üstünlük verileceği sorunu da ortaya çıkabilir. Bunu çözmek için aralarında sıralama yapılması mümkündür.³⁸ Mülga Toprak ve Tarım Reformu Kanunu md.123/son'da kiracı veya ortakçının önalım haklarının TMK md. 732'de (743 Sayılı MK md.659) yer alan yasal önalım hakkından sonra, fakat sözleşmeden doğan önalım hakkından önce geleceği belirtilerek, birden fazla önalım hakkı bulunduğu takdirde haklarının kullanılması için sıra ilişkisi ortaya koyulmuştur.

Önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağı, ancak satıştan sonra belli olacaktır. TMK md.733/III'de arazinin üçüncü kişiye satıldığı alıcı veya satıcı tarafından, önalım hakkı sahiplerine bildirileceği ve bu bildirim noter aracılığıyla yapılacağı hüküm altına alınmıştır.³⁹ Bildirimin ardından üç ay içinde önalım hakkının kullanılması gerekmektedir. Satıştan itibaren iki yıl, hak düşürücü süre olarak belirlenmiştir (TMK md.733/IV). Başka deyişle noter tarafından satış bildirilmemiş olsa dahi önalım hakkı sahibi durumu iki yıl içinde öğrendiği sürece önalım hakkını kullanabilecek, süre geçtikten sonra satışı öğrenmediğinden bahisle hakka sahip olamayacak ve iyiniyetli olsa dahi bu iddiası dinlenmeyecektir.

³⁶ José-Miguel Rubido, "Le Droit de Préemption Immobilier en Droit Privé et le Registre Foncier: Questions Choiesies", *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, RNRF 96/2015, s.4.

³⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s.555. TMK md.732'ye göre önalım davası açılıp, kesinleşmesinin ardından payın mülkiyetinin önalım hakkı sahibine intikal edeceği ve hak sahibinin bu karara dayanarak Tapu Sicil Memuru'ndan kendi adına açıklayıcı nitelikte tescil yapılmasını talep edeceği yönünde bkz: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s.536.

³⁸ İsviçre Medeni Kanunu md.681/3 son cümlesinde, yasal önalım hakkının, sözleşmeyle kararlaştırılan önalım hakkından önce geleceği ifade edilmektedir.

³⁹ Önalım hakkının süreyle sınırlanmasına ilişkin tartışmalar için bkz: Pradervand-Kernen, a.g.e., s.80; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, a.g.e., s.410; Bénédicte Foëx, "Comment Eviter l'Exercice du Droit de Préemption?", *Revue de Droit Privé et Fiscal du Patrimoine*, *Not@lex*, 2010, s.81.

Önalım hakkı yenilik doğuran bir haktır ve kullanmakla tükenir ancak haktan feragat etmenin de TKAKK md.8/İ/III'deki atıf gereğince TMK md.733'de mümkün olduğu belirtilmektedir. Önalım hakkı sahibi malik, kendisine satış bildiriminden yapılmışından veya satıştan haberdar olduktan sonraki üç ay içinde dava açmayarak hakkı kullanmayabilir. Bununla birlikte resmi şekilde yapılan bir sözleşme ve bunun Tapu Sicili'ne şerh edilmesiyle önalım hakkından feragat ya da sadece bir satışta önalım hakkının kullanılmayacağına ilişkin önalım hakkını kullanmaktan feragat da edilebilir.⁴⁰ Ancak hakkın kullanılmasından feragat, sadece feragat eden arazi maliki için geçerli olacak, varsa diğer sınırdaş malikleri bağlamayacaktır.

Tarım arazilerinde önalım hakkının kullanılabilmesi için kanunda belirtilenlerden başka bir şartın aranması mümkün değildir. Ancak İsviçre'de tarım işletmesindeki kiracıların önalım hakkının kullanılabilmesine ilişkin Tarımsal Taşınmaz Hukuku Hakkında Federal Kanun md.47'de belirli bir süredir kiracı olmak⁴¹ ve araziyi işlemeye yeterlilik şartları da yer almaktadır. Federal Mahkeme, kırk yıldan beri kiracısı olduğu tarım arazisinin satılmasıyla birlikte önalım hakkını kullanmak isteyen çiftçinin, yaşlı ve uzun süreden beri %70 oranında özürüllüğü sebebiyle araziyi işlemeye yeterli olmadığı iddiasını değerlendirmiştir. Fakat çiftçinin engeline rağmen arazinin işlerini yürütebildiğini, arazinin yıllardır iyi durumda bakıldığını ve eşi ile çocuklarının araziyi birlikte işlediklerini göz önüne alınarak, önalım hakkını kullanabileceğine karar verilmiştir.⁴²

B. Birden Fazla Önalım Hakkı Sahibi Bulunması

Tarım arazilerinin çoğu zaman çevresi başka arazilerle çevrili olduğu için, üçüncü kişiye satılması halinde birden fazla önalım hakkına sahip malikin ortaya çıkması mümkündür. Bu kişilerden hangisinin önalım hakkına sahip olduğu sorununun kanun, tarımsal bütünlük gösteren arazi malikine öncelik vererek çözmüştür. Başka deyişle sınırdaş maliklerden hepsinin önalım hakkını kullanmak üzere dava açması mümkün iken, açılan davada hakim tarafından takdir yetkisi kullanılacak; ancak bu yetkinin sınırını, tarımsal bütünlük gösteren arazi çizecektir. Tarımsal bütünlük, üretim faaliyetinde benzer tarım ürünlerinin yetiştirilmesi olarak değerlendirilmeli ve ekonomik bütünlük kavramı ile karıştırılmamalıdır.⁴³ Ekonomik

⁴⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s.536; Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s.556; Saymen/Elbir, a.g.e., s.410

⁴¹ 04.11.1985 tarihli Tarım Arazilerinin Kiralanması Hakkındaki Federal Kanun uyarınca süreler belirlenmiştir.

⁴² 27.03.1990, Revue Jurassienne de Jurisprudence, s.160.

⁴³ İlk derece mahkemesi, 715 parsel sayılı tarım arazisi malikinin, 713 ve 714 parsel sayılı araziler satıldığında önalım hakkını kullanmak istemesi üzerinde, sadece sınırdaş 714 parsel sayılı lehine karar vermiş, ancak Yargıtay kanunda belirtilen bütünlüğün, tarımsal bütünlük olup, fiziki veya maddi bütünlük olmadığı gerekçesiyle, başka deyişle ziraat mühendisleri bilirkişiler atanarak

bütünlük, 31.12.2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 29222 sayılı Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik md.4/d’de (TAMDİY) açıklandığı üzere aynı kişinin malik olduğu ve üretime ekonomik değer katacak şekilde Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından birbirine bağlılığı tespit edilen birden fazla arazilerdir. Bu arazilerin sınırdış olma zorunlulukları bulunmayarak, hangi araziler arasında ekonomik bütünlük olduğu bazı kriterlere göre belirlenmektedir (TAMDİY md.7).⁴⁴ İki kavram arasındaki fark, ekonomik bütünlüğün, tarım arazileri TKAKK md.8/A’da belirtilen listedeki miktardan daha küçük parçalara bölünemeyeceği için, arazinin devredilmesi ve mirasçılara intikali sırasında *yeter gelirli arazi* niteliğinde rol oynamasında görülür. Yeter gelirli tarım arazisinin büyüklüğü hesaplanırken, tek bir kişinin malik olduğu birden fazla ve sınırdış olma zorunluluğu bulunmayan tarım arazileri, aralarında TAMDİY md.7’de belirtilen ekonomik bütünlük bulunduğu tespit edildiğinde, birlikte değerlendirilecektir. Bu bilgilerin ışığında ekonomik bütünlüğün, sadece arazinin devri sırasında ölçüme ilişkin teknik bir özellik gösterdiği, buna karşılık tarımsal bütünlüğün, üretim faaliyetine ilişkin olduğu görülmekte ve önalım hakkının kullanılmasında ekonomik bütünlüğün herhangi bir etkisi bulunmadığı tespit edilmelidir.

Önalım hakkını kullanmak isteyen sınırdış tarımsal arazi maliki sadece bir kişi ise kanunda, iki arazi arasında tarımsal bütünlük oluşturması şartından bahsedilmemektedir.⁴⁵ Zira önalım hakkının tarım arazileri için bir sözleşme yapılması gerekmeksizin kanundan kaynaklanmasının amacı, sadece arazinin küçük parçalarının birleştirilmesi değil, aynı zamanda tarım yapılan arazinin bütünlüğünün bozulmasının da öne geçilmesinin, ürünlerin ve verimin artmasının sağlanmasıdır. Bu sebeple, farklı tarımsal faaliyette bulunulsa dahi başka sınırdış arazi olmadığı takdirde tarımsal bütünlük şartı aranmayarak, iki arazi arasında önalım hakkının tanınacağı kabul edilmesi gerekmektedir.

Satılan tarım arazisine sınırdış olan birden fazla arazi bulunduğu bu maliklerin her birinin ayrı ayrı önalım hakkını kullanmak istemeleri halinde doktrinde, yasal önalım hakkının kullanımından yola çıkılarak önerilen bir çözüm, satılan arazinin eşit olarak sınırdış maliklere dağıtılmasıdır.⁴⁶ Ancak bu

arazinin, sınırdış olmasa dahi arazi bütünlüğünü sağlandığında 713 parsel sayılı arazi için de önalım hakkının kullanılabilmesine karar verilmiştir. Yarg. 14.H.D., E. 2016/3914, K. 2019/193, T. 9.1.2019

⁴⁴ TAMDİY md.7/c “Mülkiyeti aynı kişiye ait, sınırdış olan tarımsal arazilerin ekonomik bütünlük teşkil ettiği kabul edilir.”

⁴⁵ Bkz: Yarg. 14. H.D., 2018/3645 E., 2019/339 K., 15.01.2019 T., karşı oy; Yarg. 14. H. D., 2016/3990 E., 2019/486 K., 17.1.2019 T, karşı oy.

⁴⁶ Barış Özçelik, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C.XIX, S.1, s.104.

çözüm, kanunun genel gerekçesinde açıklandığı üzere önalım hakkı, tarım arazilerinin bölünmesini önlemek amacıyla getirildiğinden,⁴⁷ satışla birlikte arazinin sınırdış maliklere eşit paylaşılması üzere tekrar bölünmesi sonucunu doğuracaktır. Bu sebeple kanaatimizce birden fazla önalım hakkı sahibi tarımsal bütünlük gösteren arazi maliki olsa dahi hakim tarafından, hakkaniyete uygun olarak takdir yetkisi kullanılarak, söz gelimi benzer türdeki ürünlerin ekildiği araziye veya daha uzun sınırlara sahip araziye üstünlük tanınarak sorunun çözülmesi mümkündür.

SONUÇ

Tarım arazileri üzerinde 19.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu md.8/İ/II ile tanınan yasal önalım hakkı, sınırdış arazi malikleri lehine, tarım arazilerinin parçalanmasına engel olunması ve ekonomik birliğin sağlanması amacıyla getirilmiştir. Bu amaca ulaşmak için tarım arazisine komşu sınırdış arazi malikinin, arazi satıldığında dava açarak, önalım hakkını kullanması beklenmektedir. Satışın kanuna uygun, geçerli ve hüküm doğuran bir satış olması ve üçüncü kişiye yapılması gerekmektedir. Eğer arazinin birden fazla sınırdış bir başka malike satılması halinde, diğer maliklerin önalım haklarından söz edilemeyecektir.

Tarım arazisi maliklerine yasal önalım hakkının tanınması, olumlu bir adım olmakla birlikte, bir adım daha ileri gidilerek arazi satıldığında, sadece sınırdış maliklere değil araziye, mülkiyetin yanında intifa hakkı gibi aynı veya kira sözleşmesi kurulması gibi şahsi bir başka hakla elinde bulunduran kişilere de bu hakkın tanınması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 10.05.1977'de iptal kararı ile yürürlükten kalkan 25.06.1973 tarihli, 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu md.123'da kiracının önalım hakkı olduğu belirtilmekteydi. Benzer hüküm İsviçre'de 04.10.1991 tarihli Tarımsal Taşınmaz Hukuku Hakkında Federal Kanun md.47'de yer almaktadır. Tıpkı sınırdış malik gibi aynı veya şahsi bir hakla dayanarak tarım arazisini elinde bulunduran kişiye de önalım hakkının tanınması, kanunun ekonomik verimliliğin ve tarımsal üretimin artırılması amacına da uygun düşecektir.

Tarım arazilerindeki önalım hakkının uygulanmasına ilişkin hükümler, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu md.8/İ/III'de yapılan atıf gereğince TMK md.732 vd.'de belirtilen şekilde kullanılacak, hak sahibi tarafından satış kendisine bildirildikten sonraki üç ay içinde dava açılacak, iki yıl geçtiğinde ise önalım hakkı düşecektir.

⁴⁷ Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Genel Gerekçesi, s.11, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss564.pdf> (erişim: 10.08.2019)

KAYNAKÇA

- Akipek, Jale/ Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2018.
- Bertan, Suad, *Aynı Haklar, Cilt I*, Ankara, Balkan Basım ve Cilt Evi, 1976.
- Eren, Fikret, “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. XII, S. 1-2.
- Erkan, Vehbi Umut, “Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/ 34 ve K. 2007/ 94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C.5, S.1.
- Esener, Turhan/ Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Foëx, Bénédicte, “Quelques Questions Pratiques Relatives aux Droits de Préemption du CC/CO”, *Zürcher Notariatsverein, RNR*, Zurich, 2007, C.88, S.1.
- Foëx, Bénédicte, “Comment Eviter l’Exercice du Droit de Préemption?”, *Revue de Droit Privé et Fiscal du Patrimoine, Not@lex*, 2010.
- Fischer Lehmann, Marie von, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar*, Zürich, Orell Füssli Verlag, 2016.
- Göksu, Tarkan, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, (Ed. Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Gürsoy, Kemal/ Fikret Eren/ Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.
- Haab, Robert/ August Simonius/ Werner Scherrer/ Dieter Zobl, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht*, Zürich, Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1, 1977.
- Henry, Jean-Michel, “Les Droits à l’Attribution et les Droits de Préemption Ruraux sur un Immeuble Agricole”, *Revue de Droit Privé et Fiscal du Patrimoine*, Schulthess Editions Romandes, 2015, C.1, S.7.
- Mooser, Michel, “Le Droit d’Emption des Parents Selon les art. 25 à 27 LDFR”, *Une Empreinte sur le Code Civil Mélanges en l’honneur de Paul-Henri Steinauer*, 2013.
- Negro-Romaiier, Nathalie, “Les Améliorations Structurelles dans les Secteurs de Vigne”, *Revue de droit administratif*, 2008, C.1.
- Oğuzman, Kemal/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Okur, Sinan, “Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C.9, S.1.

- Özçelik, Barış, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C.XIX, S.1.
- Pichonnaz, Pascal/ Franz Werro, “La Jurisprudence Récente en Droit Privé”, *Journées Suisses du Droit de la Construction*, Institut pour le droit de la construction, 2009.
- Pradervand-Kernen, Maryse, *Les Droits de Prémption, d’Emption et de Réméré: Questions en Lien Avec le Registre Foncier*, Zürich, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, 2019.
- Rubido, José-Miguel, *L’exercice du Droit de Prémption Immobilier au Regard du Droit Privé*, Zürich, Schulthess Editions Romandes, 2012.
- José-Miguel Rubido, “Le Droit de Prémption Immobilier en Droit Privé et le Registre Foncier: Questions choisies”, *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, RNR 96/2015.
- Saymen, Ferit Hakkı/ Halid Elbir, *Türk Eşya Hukuku*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954.
- Sirmen, Lale, *Eşya Hukuku, 5. Baskı*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2017.
- Steinauer, Paul-Henri, *Les Droits Réels (Tome II)*, 4. Baskı, Berne, Edition Staempfeli+Cie SA, 2007.
- Sulhi Tekinay, Selahattin, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988.
- Selahattin Sulhi Tekinay, *Eşya Hukuku*, İstanbul, Kutulmuş Matbaası, 1970 (Eşya).
- Şahin, Turan, “Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, C.24, S.2.
- Wieland, C., *Ayni Haklar*, Ankara, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın Müdürlüğü, 1946.
- Yavuz, Cevdet, Murat Topuz, “Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Türk Medeni Kanunu’nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler”, *Mehmet Akif Aydın’a Armağan*, 2015, C.21, S.2.
- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss564.pdf> (erişim: 10.08.2019)

Esas Sözleşme Değişikliklerinde Toplantı ve Karar Yeter Sayıları^(*)

Meeting and Decision Quarums in Amendments to the Articles of Association

Dr. Öğr. Üyesi **Neval OKAN**^(**)

Öz

Genel kurulda alınan kararlar, toplantıya katılıp katılmadığına bakılmaksızın tüm pay sahiplerini bağlar. Bu nedenle yasakoyucu, toplantıların yapılması ve karar alınması için, genel kurulda sermayenin belli bir oranına sahip pay sahiplerinin veya temsilcilerinin hazır bulunmasını zorunlu kılmıştır. Bu yetersayılar belirlenirken de, toplantının gündem konuları dikkate alınmıştır. Ayrıca ilk toplantıda yeterli sayının sağlanamaması durumunda, sonraki toplantılarda bazen aynı yetersayılar aranırken, bazen daha düşük yeter sayılar aranmıştır.

Türk Ticaret Kanununda, anonim ortaklık genel kurul toplantı ve kararlarında, basit yeter sayıların yanında, bazı konularda ağırlaştırılmış yeter sayılar öngörülmüştür. Ağırlaştırılmış yeter sayılar, bu yetersayılarla Türk Ticaret Kanununun değişik maddelerinde yer verilmekle birlikte; esas olarak "Esas Sözleşme Değişikliklerinde Toplantı ve Karar Nisapları" başlığı altında TTK m. 421'de düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile esas sözleşme değişikliklerine, konularına göre farklı yeter sayılar öngörülmüştür. TTK m. 421/1'e göre, Kanunda ya da esas sözleşmede farklı bir ağırlaştırıcı hüküm bulunmuyor ise, ana kural olarak, esas sözleşme değişikliğine ilişkin kararlar, ortaklık sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır; ikinci toplantıda da ortaklık sermayesinin en az üçte birinin temsil edilmesi gerekir. TTK m. 421/2 ve 3'de ise daha önemli görülen bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük konulması, ortaklık merkezinin yurt dışına çıkarılması, ortaklığın işletme konusunun tamamen değiştirilmesi, imtiyazlı pay oluşturulması, nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması konusundaki esas sözleşme değişikliklerinde ise daha ağır yetersayılarla yer verilmiştir. TTK m.421/1'de toplantı ve karar yeter sayıları belirtilmiş olmasına karşın, m.421/2 ve 3'de yetersayılar kararlar açısından ifade edilmiş olup; bu yetersayılar, toplantı yeter sayısına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden, toplantılara da uygulanır.

Anahtar Kelimeler

Ticaret Hukuku, Ortaklıklar, Anonim Ortaklık, Genel Kurul, Yetersayılar, Esas Sözleşme, Esas Sözleşme Değişikliği.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 09.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 10.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 30.09.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 16.09.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 19.09.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
E-mail: nokan@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-4380-2340>.

Abstract

The decisions of the General Assembly shall bind all shareholders regardless of whether they attend the meeting or not. For this reason, the prohibitor obliged the presence of shareholders or their representatives with a certain percentage of capital in the general assembly to hold meetings and to take decisions. In determining these quorums, the agenda of the meeting was taken into consideration. In addition, if the first meeting cannot provide sufficient quorum, the next meetings sometimes require the same quorums, and sometimes the lower quorum is sufficient.

In the Turkish Commercial Code (TCC), in addition to simple quorums, aggravated quorums on certain issues are stipulated in the General Assembly meetings and resolutions. The aggravated quorums given in various articles of the Turkish Commercial Code is mainly organized by art. 421, taken place under the title of "Meeting and Decision Quorums in Amendments to Articles of Association". With this regulation, different quorums are stipulated for the amendments the articles of association, according to the subjects. Under the art. 421/1 TCC, if there is no different aggravating provision in the Law or the Articles of Association, as a general rule, decisions regarding the amendment of the Articles of Association shall be taken by the majority of the votes present in the General Assembly, where at least half of the share capital is represented; at the second meeting, at least one third of the share capital must be represented. In art. 421/2 and 3 TCC, heavier quorums have been sought in matters that are considered more important: the obligation for closing the balance sheet losses and secondary obligation, expulsion of the head office of the company, the change of the business subject of the company, the creation of privileged shares and the restructuring of the transfer of the registered. Although the meeting and decision quorums are specified in art. 421/1, in art. 421/2 and 3, quorums are expressed in terms of decisions; these quorums also apply to meetings, as no special regulation on the quorum for the meeting is included.

Keyword

Commercial Law, Companies, Joint Stock Company, General Assembly, Quorum, Deed of Association, Amendments to Articles of Association.

1. GİRİŞ VE YÖNTEM

Anonim ortaklıklarda bir çok karar, ortaklığın zorunlu organı olan genel kurulda alınır. Genel kurul kararları, kural olarak iç ilişkide ve istisnai olarak dış ilişkide sonuç doğurur.¹ Genel kurul toplantısının yapılmasının nedeni, kural olarak gündemdeki konulara ilişkin karar almaktır.² Genel kurul kararlarının geçerliliği ise, bu kararların usulünce alınmış olmasını gerektirir.

Anonim ortaklık genel kurul toplantıları için Kanun iki tür yetersayı öngörmüştür: (i) Basit yetersayılar (ii) Ağırlaştırılmış yetersayılar. Basit yetersayılar TTK m. 418'de yer verilmiştir. Ağırlaştırılmış yetersayılar ise Kanunun değişik maddelerinde yer almakla birlikte, esas olarak anasözleşme değişiklikleri ile ilgili yetersayılar öngören TTK m. 421'de düzenlenmiştir.

¹ Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (Hükümsüzlük)*, İstanbul, 2014 s. 9

² Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Sermaye Ortaklıkları)*, B. 3, İstanbul, 2013, s. 278; Fatih Bilgili/Erhan Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, B. 9, Ocak 2013, s.332

Bu çalışmanın konusunu, esas sözleşme değişikliklerinde geçerli olan toplantı ve karar yetersayıları oluşturmaktadır. Bu konu ele alınırken de öncelikle, genel olarak TTK m. 418'de düzenlenmiş olan genel düzenleme ele alınmış, eTK, kaynak yasalar, Tasarı gerekçesi, Adalet Komisyonu raporu ve ikincil düzenlemeler dikkate alınmak suretiyle, öncelikle konuyu düzenleyen TTK m. 421'in genel değerlendirilmesine yer verilerek, esas sözleşme değişiklikleri ile ilgili toplantı ve karar yetersayıları inceleme konusu yapılmıştır.

2. GENEL KURUL TOPLANTI VE KARAR YETERSAYILARI

Anonim ortaklık genel kurullarında karar alınması bir süreç olup, bu süreç tartışma ve önerileri içerir.³ Bu süreçte karar alınabilmesi için toplantı ve karar yetersayılarına uyulması gerekir. Bu yetersayılar olağan, olağanüstü, çağrılı ya da çağrısız ve elektronik ortamda⁴ gerçekleştirilen tüm genel kurullara uygulanır.⁵

Anonim ortaklıklarda genel kurul toplantı yetersayıları belirlenirken, anonim ortaklıkların temel yapısı gereği, bazı ilkelere yer verilmiştir. TTK m. 454/1'e göre, genel kurul yetersayıları belirlenirken ortakların sayısı değil, sermayesi dikkate alınır. Ancak TTK m. 434/2'ye göre, pay sahiplerinin oy haklarına sınırlama getirilebilir. Anonim ortaklık esas sözleşmesi ile pay sahiplerine oy hakkında imtiyaz da tanınmış olabilir (TTK m. 478/2). Bu durumda bir paya en fazla onbeş oy hakkı verilebilir (TTK m.479/2). Kanun, genel kurulda bazı konularda karar alınırken imtiyazların dikkate alınmayacağını da öngörmüştür (TTK m. 479/3).⁶ Genel kurul toplantılarında karar alınırken, genellikle çekimser oylar olumsuz yönde değerlendirilmekte ve yeter sayılar buna göre hesaplanmaktadır.⁷

³ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 278

⁴ Elektronik genel kurullarla ilgili genel bilgi için bkz. Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt I, B: 3, Ankara, 2018, s. 890 vd.; Ümit Yayla, Anonim Ortaklık Genel Kurulları – Elektronik Genel Kurullar, İstanbul, 2013; Tayfun Ercan, "Elektronik Ortamda Yönetim Kurulu ve Genel Kurul", *Terazi*, Mayıs 2012, s. 17-18

⁵ Çağrısız genel kurul toplantıları ile ilgili genel bilgi için bkz. Soner Altaş, "Anonim Şirketlerde Olağan Genel Kurul Toplantısı Çağrısız Olarak Yapılabilir mi?", *Çözüm*, Ocak-Şubat, 2015, s. 121 vd.

⁶ TTK m.479/3'e göre, anonim ortaklık genel kurul toplantılarında esas sözleşme değişikliği, ibra ve sorumluluk davası açılması kararlarda oyda imtiyaz uygulanmaz.

⁷ Mehmet Bahtiyar, "Anonim Şirket Genel Kurulunda Toplantı Yetersayısının "Toplantı Süresince Korunması" Şartına İlişkin TTK 418/1 Hükmünün Değerlendirilmesi" (Toplantı Yetersayısı), *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan*, İstanbul, 2017, s.65; Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler*, C. II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller (Anonim Şirketler), 1960, s. 53; Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar Hukuku*, İstanbul, 1989, s. 147; Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul 1982, s. 202; Haluk Nomer, *Kişiler Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar*, İstanbul, 2008, s.45

Türk Ticaret Kanununda, anonim ortaklık genel kurulda karar alınırken her konuda aynı yetersayılar geçerli olmadığını ifade etmiştik. Kanun basit yeter sayıların yanında, bazı konularda ağırlaştırılmış yeter sayılar öngörmüştür.

A. Basit Yetersayılar

TTK m. 418'e göre, genel kural olarak, anonim ortaklık genel kurullarında toplantı yetersayıları sermayenin dörtte biridir. TTK m. 418'de belirtilen sermaye esas veya çıkarılmış sermayeyi ifade eder. İlk toplantıda bu yetersayı sağlanıyorsa, ikinci toplantıda herhangi bir yetersayı aranmaz. Diğer bir ifade ile ikinci toplantıda bir pay temsil edilse bile toplantı yapılabilir.

TTK m. 418'e göre, anonim ortaklık genel kurulunda karar yetersayısı ise, toplantıya asaleten ya da vekaleten katılmış olanların çoğunluğudur. Genel kurul gündeminde, ağırlaştırılmış yetersayılara tabi olan bir konu var ise, TTK m. 418'deki kural geçerli olmaz. Her gündem maddesi birbirinden bağımsız olup, gündem maddesinin konusuna göre kanun ya da ortaklık ana sözleşmesinde öngörülen yetersayılar geçerli olur.

Kanunda öngörülmüş toplantı yetersayıları genel kurul toplantısı süresince bulunmalıdır (418/1).⁸ İlk toplantıda dörtte bir çoğunluk ile toplanan genel kurulda bu yetersayı birkaç pay sahibi veya temsilcisinin ayrılmasıyla dörtte bir oranın altına düşerse genel kurul toplantısına devam edilemez. Bu doktrinde toplantı yetersayısının korunması ilkesi olarak ifade edilmektedir. Eski Ticaret Kanunundan farklı bir yenilik olarak öngörülmüş olan bu hükmün konuluş amacının madde gerekçesinde açıklanmamış olması, bir eksiklik olarak nitelenebilir de, Kanunun genel gerekçesinde, öğretinin etkisinden de söz edilmektedir. Diğer bir ifade ile yasakoyucu eTK dönemindeki görüşleri ve tartışmaları da dikkate almıştır. Eski Ticaret Kanunu döneminde bu konudaki görüşler dikkate alındığında,⁹ genel gerekçeden¹⁰ yasakoyucunun amacının bu konudaki

⁸ BTY m. 28/1 hükmü Kanun ile çelişmekte ve uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır.

⁹ Halil Arslanlı, a.g.e, s. 35 vd.: "Toplantı nisabı hasıl olduktan sonra, umumi heyet gündeme dahil hususların müzakeresine ve karar ittihazına geçebilir. Ancak, müzakerelerin cerayan ettiği sırada, pay sahiplerinin bir kısmı toplantıyı terk ederek adlarını cetvelden sildirir ve ayrılan pay sahiplerinin temsil ettikleri sermayeye göre nisap kalmazsa; umumi heyet toplantıya devam edemez."; Hayri Domaniç, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. II, Anonim Şirketler*, İstanbul, 1988, s.862; Gönen ERİŞ, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler (Şerh 2004)*, C. 2, Ankara, 2004, s. 2158; İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, s. 131 "Toplantı yetersayısının oluşup oluşmadığı, yönetim kurulunun hazırlamış olduğu hazirun çizelgesinin pay sahipleri tarafından incelenmesi ile anlaşılır. Hazirun cetvelini imzalayan her pay sahibi cetvelde gösterilen adette oyla toplantıya katılmış kabul edilir. Toplantı salonundan ayrılma oylamaya katılmama, toplantı yetersayısının oluşumunu etkilemez."; Çamoğlu'ya göre de yetersayının toplantı süresince korunması ilkesi hukukun yazısız ilkelerinden olup; bu ilke eTTK döneminde de geçerlidir. (Ersin Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), *Ortaklıklar Hukuku I (Ortaklıklar I)*, N. 708, s. 516)

tartışmalara son vermek olduğu söylenebilir.¹¹ Genel kurul toplantıları açısından, yasa koyucunun dörtte bir toplantı yetersayısının toplantı boyunca korunmasını istediği tartışmasızdır. Tartışmalı olan bu şartın ne şekilde anlaşılması gerektiği ve TTK m. 418 dışında diğer maddelerde düzenlenmiş olan toplantı yetersayıları için de uygulanıp uygulanamayacağıdır.¹² Bu hükmün Kanunda yer alması doğru ve yerindedir. Genel kurul toplantısının tartışma ve önerilerden oluşan bir süreç olduğu dikkate alındığında, zaten çok düşük olan yetersayının toplantının sonuna kadar korunması, alınacak olan kararların daha sağlıklı olması açısından önemlidir. Toplantı yetersayısının, her bir gündem maddesi için aranmasını sağlayacak şekilde, “toplantı süresince korunması şarttır” ifadesine yer verilerek, katılımın belli bir sayının altına düşmemesi ve her bir gündem maddesi için, en azından ilk toplantı için, görüşmeler sırasında gündem maddeleri ile ilgili tartışmaların yapılıp, görüşlerin öne sürülmesi ve bu şekilde karar alınması sağlanmış olur. TTK m. 418/1’de yer alan bu şartın hatalı olduğunu veya madde metninden çıkarılması gerektiğini ileri süren yazarlar olmasına karşın; mevcut haliyle genel kurul toplantısının sonuna kadar toplantı yetersayısının korunması gerektiği konusunda tartışma bulunmamaktadır. Ancak, TTK m. 418/1 hükmünde yer alan “toplantı süresince” ifadesinin ne anlama geleceği, toplantı devam ederken dörtte bir oranındaki yetersayının altına düşülmesi halinde, bunun ne gibi sonuçlar doğuracağı ve o ana kadar alınmış kararların geçerli kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Öğretide bazı yazarlara göre burada anlaşılması gereken aranan yetersayının oylama sırasında bulunmasıdır.¹³ Bu şekilde bir yorum amaca daha uygundur. Ancak öğretide bu hükümden farklı sonuçlar da çıkarılmaktadır. Moroğlu, bu hükmün Kanunda veya esas sözleşmede öngörülen oranın bozulmasından önce genel kurulda alınmış olan kararların da geçersiz olması anlamına geldiğini, hükmün bu yönüyle hatalı olduğunu ifade etmiştir.¹⁴ Bahtiyar da hükmün, yetersayı bozulmadan önce alınan kararla-

¹⁰ Kanunun tüm maddeleri için geçerli olan Kanunun genel gerekçesinde öğretilerde görüşlerinde dikkate alındığı ifade edilmektedir.

¹¹ Aynı görüş Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, s. 278 “Toplantı nisabının sadece toplantının açılışında mevcut olması yetmez; nisabın toplantı süresince korunması şarttır. Bu husus TK’da açıklığa kavuşturularak TK’daki bir boşluk doldurulmuştur.”

¹² Bu konu öğretide tartışmalı olmakla birlikte uygulamada bir tartışma olmadığı ve bu konuda yargı kararı bulunmadığı görülmektedir.

¹³ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar I*, s. 513; Bilgili/Demirkapı, a.g.e., s. 333; Nuri Erdem, “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Toplantı Yetersayıları Bağlamında Pay sahibinin Toplantıdan Ayrılmasının Alınan Kararların Geçerliliğine Etkisi”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 4, S. 2, Aralık 2018, s. 77 vd.; Huriye Kubilay, “Karar Yetersayısının Hesaplanmasında Salt (Mutlak) Çoğunluğun Belirlenmesi Gereken An”, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, C. I, Ankara 2010, s. 1425.

¹⁴ Erdoğan Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler* (Değerlendirme ve Öneriler), B. 7, İstanbul 2012, s. 223.

rın da geçersiz sayılması gibi, amacını aşan bir anlam içerdiğini ifade etmekte;¹⁵ “bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır” cümlesinin Kanundan ve BTY’den çıkarılması ve toplantı nisabının “kural olarak sadece toplantı başında aranması” gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁶ Pulaşlı ise, bu şart nedeniyle, durumun aynı çağrısız genel kurul toplantısındaki gibi olduğunu, toplantı açılıp birkaç gündem maddesi görüşüldükten sonra, toplantı yetersayısının dörtte birlik oranın altına düşmesi halinde, artık karar alınamayacağını, ancak o ana kadar alınan kararların geçerli olacağını belirtmektedir.¹⁷ Pulaşlı, Bahtiyar’ın anılan şartın Kanundan ve BTY’den çıkarılmasına ilişkin görüşünü eleştirmektedir.¹⁸ Kanaatimizce, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, anılan şarta ilişkin hüküm eksiktir. Ancak bu şartın madde metninden kaldırılması ve toplantı yetersayısının sadece toplantının başında aranması doğru olmaz. Kanunda toplantı yetersayısı açıkça düzenlenmiş olduğuna göre, bu toplantı yetersayısının gündem maddeleri ile ilgili karar alınabilmesi için toplantı süresince aranması gerekecektir. Kanunda toplantı yetersayısından söz edilmesinin başka amacı olamaz. Burada yasa koyucunun amacı toplantı süresince yetersayıyı korumak ve bu şekilde karar alınmasını sağlamaktır. Anılan şartın Kanunda yer alması bu konudaki tartışmaları önlemeye yöneliktir. Bu şart Kanunda açıkça yer almamış olsaydı bile, toplantı yetersayısından söz edilmiş olması, toplantı yetersayısının toplantı süresince aranmasını gerektirir. Yasakoyucu aksini istemiş olsaydı toplantı yetersayısına hiç yer vermez, karar yetersayısını öngörmekle yetinirdi. Bu yetersayı ikinci toplantıda aranmamakta ancak ilk toplantıda aranmaktadır. “... *Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır*” hükmünün, genel kurulda görüşülecek her bir gündem maddesi için aranan şart olarak anlaşılması gerekir. Diğer bir ifade ile toplantı boyunca bu şartın, her bir gündem maddesi için ayrı ayrı oylama sırasında bulunup bulunmadığına bakılmalıdır.¹⁹ Bu gündem maddelerinin birbirinden bağımsızlığı ilkesinin gereğidir.

¹⁵ Bahtiyar, *Toplantı Yetersayısı*, s. 98

¹⁶ Bahtiyar, a.g.e., s.99

¹⁷ Pulaşlı, *Şerh*, s. 992

¹⁸ Pulaşlı, *Şerh*, s. 992, dñn 483 “Bu görüşe katılmak mümkün değildi, çünkü bu durumda, nisabın bozulmasından sonra ve geçersiz kararlara-yasaya aykırı olarak- geçerlilik kazandırılması söz konusu olur. Ayrıca yazarın, “nisabın bozulmasından önce alınan kararların geçerli sayılmasının hukuki gerekçesinin neye dayandırılacağı noktasında odaklandığını ve böyle bir sonucun, yeni karar almayı tamamen engelleme gibi ciddi vir sakınca yaratacağını” ileri sürmesi de, kanımca, nisabın mevcut olması halinde alınan GK kararlarının- diğer geçersizlik sebepleri yoksa- geçersizliğinin dayanağının anlaşılmasının ve nisap bozulduktan sonra yeni karar alınmasının engellemesinin sakıncalı olduğunu iddia edilmesi hukuken yerinde değildir.”

¹⁹ Aynı görüş Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar I*, s. 517 “Nisabın toplantı süresince korunması” hükmünü “ilgili gündem maddesinin oylanmasının tamamlanmasına kadar” şeklinde yorumlamak gerekmektedir.

Genel kurul toplantısının yapılma nedeni, kural olarak kararların alınmasını sağlamak, diğer bir ifade ile genel kurul gündemindeki konuların karara bağlanması olduğunu ifade etmiştik. Bu nedenle yasakoyucu her bir gündem maddesi ile ilgili usulünce alınmış olan kararların geçersiz olacağını istemiş olamaz. Ayrıca, toplantının üyeler ve ortaklık açısından maliyeti de önemlidir. Maliyet açısından bakıldığında, zaman ve para kit olan iki unsurdur. Belli bir konuda alternatifler arasında seçimler yapılırken harcanan zaman ve paraya bakılarak ayrıca maliyet hesabı yapılır. Anılan hükmün konuluş amacı dikkate alındığında, çözüm üretilirken ve yorum yapılırken en az maliyetli olan tercih edilmelidir. Konuya bu açıdan bakıldığında yasa koyucunun amacının, maliyeti yüksek bir çözüm olduğu söylenemez. Ayrıca işlem güvenliği de dikkate alınmalıdır. “... *Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır*” ifadesinin yetersayı sağlanmadığı anda, o ana kadar yetersayılara uygun olarak alınmış kararların da geçersiz olduğunu öne sürmek, işlem güvenliği ile de bağdaşmaz.²⁰ Usulünce alınmış kararların geçersizliğini ileri sürmek doğru olmaz. Ayrıca, yetersayı sağlanmadığı anda, daha önce alınmış olan kararların geçersizliğini kabul etmek, bazı yazarların da ifade ettiği gibi,²¹ bunun kötüye kullanımına neden olabilir. Burada en iyi çözüm, “... *Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır*” hükmünü koruyarak, devamında çağrısız genel kurula ilişkin TTK m. 416’da olduğu gibi, “.. bu toplantı nisabı varolduğu sürece karar alınabilir” veya “bu nisap aranan oranın altına düştüğü andan itibaren karar alınmaz, o ana kadar alınan kararlar geçerlidir” şeklinde ek bir düzenleme yapmak yerinde olacaktır. Öte yandan “... *Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır*” hükmünün sadece dörtte birlik oranın arandığı durumlar için mi öngörüldüğü yoksa Kanunda veya esas sözleşmede daha ağır oranların öngörüldüğü durumları da mı kapsadığı hususu da muğlaktır ve farklı yorumlara neden olmaktadır.²² Toplantı yetersayısı karar almaya yetkili olan genel kurulun varlığına işaret etmektedir. Çamoğlu’nun da ifade ettiği gibi genel kurul, toplantı yeter sayısına sahip olduğu sürece karar alabilecek; bu yetkisini kaybettiğinde

²⁰ Erdem, a.g.e., s. 91

²¹ Erdem, a.g.e., s. 90: “zira bu maddeden hareketle ilk akla gelebilecek problem, toplantıda alınan kararlardan umutsuz olan bir kısım pay sahibinin toplantıdan ayrılma olasılığında, anılan hükmün bu ana kadar toplantı ve karar yetersayılarına uygun olarak alınmış olan kararların geçerliliği yönünden sakınca doğurabilme ihtimalidir.”; Mehmet Bahtiyar, *Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş (Sermaye Piyasası)*, B. 1, Mayıs 2019, s. 60

²² Öğretide Moroğlu bu hükmü, Kanunda veya esas sözleşmede ağır oranların öngörüldüğü durumları da kapsayacak şekilde yorumlamıştır. Bkz. Moroğlu, *Değerlendirme ve Öneriler*, s. 223; Çamoğlu da TTK m. 418’de yer alan bu şartın ağırlaştırılmış yetersayılara tabi gündem maddelerini de kapsadığını ifade etmektedir. Bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar I*, s. 516; Bahtiyar ise, TTK m. 481/c 1’de “Bu nisabın ...” ile başlayan düzenlemenin sadece anılan fıkranın ilk cümledeki yetersayıya işaret ettiğini belirtmekte; bu şartın genel bir hüküm olarak uygulanamayacağını bunun bir istisna olduğunu ve öngörüldüğü alan ile sınırlı olduğunu söylemektedir. (Bahtiyar, *Toplantı Yetersayısı*, s. 75)

karar alamayacaktır.²³ Daha önce ifade edildiği gibi, TTK m. 418/1’de ifade edilen şart Kanunda yer almamış olsa bile, toplantı yetersayısının toplantı süresince korunması gerekmekte, Kanunda yer alan bu şartın varlığı sadece toplantı yetersayısının toplantı süresince aranacağını açıkça ortaya koymak, bu konudaki tartışmalara son vermektir. TTK m. 418’de açıkça belirtilmiş olan bu şartın toplantı yetersayısının toplantı sonuna kadar ve hangi toplantı yetersayısına bağlı olursa olsun, her bir gündem maddesi için oylamanın yapıldığı sırada var olması gerekir. Ancak bu şart konulurken amaç bu olmasına karşın yeni bir tartışmaya neden olmuştur. Kanaatimizce bu şarta ilişkin düzenleme yerinde olmakla birlikte daha önce de ifade ettiğimiz gibi eksiktir. Tartışmalara son verebilmek için, TTK m.416’da olduğu gibi, bir düzenlemeye gerek vardır.

Genel kurul, TTK m. 418/1’de yer alan dörtte birlik yetersayı ile toplandıktan sonra, toplantı yetersayısı bu oranın altına düştüğünde toplantı yapılamayacağından, genel kurul yeniden toplantıya çağrılacaktır. Böyle olmakla birlikte bu toplantı ikinci toplantı mı olacaktır yoksa ilk toplantının devamı mı sayılacaktır? Pulaşlı’ya göre, toplantı çağrısı yapılırken ilk toplantının devamı şeklinde açıklama yapıldığında daha sonra yapılacak olan toplantı ilk toplantının devamı şeklinde olacaktır.²⁴ Kanaatimizce toplantı nisabı aranan dörtte birlik yetersayısının altına düştükten sonra yapılacak olan sonraki toplantının, kalan gündem maddeleri için ilk toplantıda toplantı yetersayısı sağlanamadığına göre, sonra yapılan toplantı ikinci toplantı olarak kabul edilmelidir.

B. Ağırlaştırılmış Yetersayılar

Türk Ticaret Kanunu, genel kurulda alınacak kararların konusuna göre, farklı yetersayılar öngörmüştür. Konunun önemine göre, bazı kararlarda ağırlaştırılmış toplantı ve karar yetersayılarına yer verilmiştir. Ağırlaştırılmış yeter sayılar esas olarak “Esas Sözleşme Değişikliklerinde Toplantı ve Karar Nisapları” başlığı altında TTK m. 421’de düzenlenmiştir.²⁵

²³ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar I*, s. 516

²⁴ Pulaşlı, *Şerh*, s. 992 “Bu durumda, genel kurul daha sonra toplantıya çağrıldığı zaman, bunun m. 418 cümlesine göre, “ikinci toplantı” mı sayılacağı, yoksa ilk toplantının devamı mı kabul edileceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Kanımca ilk toplantıda gündemde yer alan bazı maddeler müzakere edilip kararlar alındıktan sonra toplantı nisabının ¼ oranının altına düşmesi sebebiyle toplantıya son verilmiş ve ikinci toplantı için de, birincinin devamı şeklinde açıkça çağrı yapılmışsa, bu takdirde ikinci toplantı birincinin devamı niteliğinde olacağından, ilk toplantı da kalınan yerden devam eder. Gündemdeki maddeler görüşülüp karara bağlanacağından, bu toplantıda yine en az ¼ nisabın aranması gerekir ve bu nisabın sağlanamaması halinde, karar alınmaz. Ancak, bu birincinin devamı niteliğindeki ikinci toplantıda da ¼ nisap oluşmaz veya toplantı henüz bitmeden bozulursa, bundan sonra yapılacak toplantıda nisap aranmaz (m. 418/1, cüm.3)”

²⁵ Ancak ağırlaştırılmış yetersayılarına Kanunun başka maddelerinde de yer verilmiştir. Örneğin TTK m. 153, 173, 189’da da ağırlaştırılmış yetersayılar yer almaktadır.”

3. ESAS SÖZLEŞME DEĞİŞİKLİKLERİNDE TOPLANTI VE KARAR YETERSAYILARI

Ana sözleşme değişikliklerini düzenleyen TTK m. 421’de, genel kurulda karara bağlanacak konularda konunun ortaklık açısından önemine göre farklı ağırlaştırılmış yetersayılar öngörülmüştür. Kapalı anonim ortaklıklar ve halka açık anonim ortaklıklar için farklı düzenlemeye yer verilmiştir.

TTK m. 421’in kaynağını İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK) m. 704 oluşturmaktadır.²⁶ İsvBK m. 704’de sayılan ve önemli olarak nitelendirilen konularda, genel kurulda alınacak kararlar için ağırlaştırılmış yetersayılar öngörülmüştür. İsviçre hukukunda toplantı yetersayısı öngörülmeden, sadece karar yetersayısına yer verilmiştir. Önemli kabul edilen genel kurul kararlarında ağırlaştırılmış yetersayılar aranmıştır. İsvBK m. 703’e göre,²⁷ Yasa veya esas sözleşmede aksine bir düzenleme yok ise, genel kurulda temsil olunan oyların mutlak çoğunluğu ile alınacaktır. Önemli kabul edilen kararlarda ise, genel kurul toplantısında temsil olunan oyların “üçte ikisi” ve temsil olunan “sermayenin mutlak çoğunluğu” ile karar alınabilecektir. Ayrıca TTK m. 421/3’den farklı olarak “şirketin feshi” kararı da önemli kabul edilmiş ve ağırlaştırılmış yetersayı aranmıştır. Diğer kararlarda ise İsv.BK m. 703/1’de yer alan olağan yetersayılar uygulanacaktır.

²⁶ İsvBK m. 704: V. Kararlar ve Oylamalar / 1. Genel olarak

2. Önemli kararlar

Genel kurul tarafından aşağıdaki konularda alınacak bir karar, temsil edilen oy haklarının en az üçte ikisini ve payların nominal değerinin mutlak çoğunluğunu gerektirir:

1. Ortaklık konusunun herhangi bir şekilde değiştirilmesi;
2. İmtiyazlı oy hakkına sahip payların çıkarılması;
3. Nama yazılı payların devri ile ilgili herhangi bir kısıtlama;
4. 8 Kasım 1934 tarihli Bankacılık Kanunu’nun 12. maddesi uyarınca kayıtlı sermaye veya şarta bağlı sermaye artırımını veya yedek akçe oluşturulması;
5. Özkaynakla karşılanan, aynı katkıya dayalı veya yatırımlardan finanse edilen sermaye artırımını ve özel ayrıcalıkların tanınması;
6. Rüçhan hakkının herhangi bir şekilde ortadan kaldırılması veya kısıtlanması;
7. Ortaklığın yerleşim yerinin değiştirilmesi;
8. Ortaklığın tasfiyesi.

Belirli kararların alınabilmesi için kanunun öngördüğünden daha fazla çoğunluğun gerektiğini öngören ana sözleşme hükümlerine ilişkin kararlar, yalnızca önceden belirlenmiş çoğunluk ile alınabilir.

Ortaklığın amacını değiştirme ya da imtiyazlı oy hakkına sahip pay senetlerinin çıkarılması kararı lehinde oy kullanmayan nama yazılı pay sahibi, söz konusu kararların İsviçre Resmi Ticaret Gazetesinde ilanından itibaren altı ay süreyle, esas sözleşmede yer alan pay senetlerinin devri ile ilgili kısıtlamalara tabi olmaz.

<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/index.html> (07.08.2019)

²⁷ İsvBK m. 703: Kararlar ve seçimler / Genel olarak

Yasa ya da ana sözleşme hükümleri aksini öngörmedikçe, kararların alınması ve seçimlerin yapılması temsil olunan oyların mutlak çoğunluğu ile olur. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/index.html> (07.08.2019)



Benzer düzenlemeler Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (AlmPOK)'nda da yer alır. AlmPOK m. 179'da²⁸ sözleşme değişikliklerinde genel kurul kararı alınacağı ifade edildikten sonra TTK m. 421/3'e yollama yapılan konularda Alm.POK m. 179 uygulanacak olup, bu konularda ağırlaştırılmış yetersayılar uygulanır.²⁹ Bu ağırlaştırılmış yetersayı ise, genel kurulda temsil olunan sermayenin en az dörtte üçü olarak öngörülmüştür. Yasa ya da esas sözleşmede farklı bir yetersayı öngörülmemişse, kullanılan oyların çoğunluğu da aranmaktadır.

İtalyan Medeni Kanununda farklı bir düzenleme vardır. İtalMK m. 2368'e göre,³⁰ genel kurul toplantılarında kararlar, ortaklık sözleşmesinde daha ağır çoğunluk öngörülmedikçe, mutlak çoğunlukla alınmaktadır. Oy hakkından yoksun paylar da çoğunluk belirlenirken hesaba katılacaktır. İtalMK m. 2437'de ise,³¹ sözleşme değişikliklerini de içeren bazı konulara ilişkin kararlarda ortaklara ortaklıktan ayrılma olanağı tanınmıştır.

²⁸ *AlmPOK m. 179: Genel Kurul Kararları*

(1) Maddelerde herhangi bir değişiklik, genel kurul kararı gerektirir. Genel kurul, denetim kuruluna yalnızca maddelerin ifadesine yönelik değişiklikler yapma yetkisi verebilir.

(2) Genel kurulda karar, pay sermayenin dörtte üçünden az olmayan, toplantıda temsil olunanların çoğunluğu ile alınır. Ortaklık hükümleri, işletme amacıyla değişiklik yapılması konusunda farklı bir sermaye çoğunluğunu, sadece daha ağır bir sermaye çoğunluğu olarak öngörebilir. Ortaklık hükümleri ek koşullar öngörebilir.

(3) Pay sınıfı birden fazla ise, herhangi bir sınıfın aleyhine değişiklik yapılacaksa, genel kurul kararının yürürlüğe girmesi için, olumsuz yönde etkilenen pay sahiplerinin onayı gerekir. Olumsuz etkilenen pay sahipleri, bu onayı ayrı bir karar olarak verirler. Ayrı olarak alınacak bu kararlara, fıkra (2) uygulanır.

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_aktg/englisch_aktg.pdf (07.08.2019)

²⁹ Kendigelen, Nisaplar, s. 20

³⁰ İtalMK m. 2368: Genel Kurulun Oluşumu ve Kararların Geçerliliği

Olağan olağan genel kurul toplantısı, oy hakkına sahip olmayan paylar dışında, sermayenin en az yarısı temsil edilerek usulüne uygun olarak yapılır. Ana sözleşmede daha yüksek çoğunluk öngörülmedikçe, mutlak çoğunlukla karar verir. Ortaklık görevlilerinin atanması için, ana sözleşme belirli kurallar öngörebilir.

Olağanüstü toplantı, ana sözleşmede daha yüksek bir çoğunluk öngörülmemişse, sermayenin yarısından fazlasının olumlu oyu ile karar verir. Risk sermayesi piyasasından yararlanan ortaklıklarda, olağanüstü genel kurul, usulen temsil edilen sermayenin en az yarısı veya esas sözleşmede öngörülen daha büyük oran ile temsil edilir ve usulen toplantıda temsil edilen sermayenin en az üçte ikisinin olumlu oyu ile karar alır.

Yasalarca aksi öngörülmedikçe, oy kullanma hakkı bulunmayan paylar toplantıların düzenli olarak oluşumu amacıyla hesaba katılır. Oy hakkı bulunmayan bu paylar, oy hakkı bulunan kişilerin açıklanmasından sonra, menfaat çatışmasından kaçınmak için, kararın alınması için gerekli olan sermayenin ve çoğunluğun belirlenmesinde hesaba katılmaz."

³¹ *İtalMK m. 2437: Ayrılma Hakkı*

Aşağıdaki kararlara katılmayan pay sahiplerinin paylarının tamamı veya bir kısmı için ayrılma hakları vardır:

- Ortaklık faaliyetlerinde önemli bir değişiklik yapılmasına neden olan, ortaklığın amaç maddesinin değiştirilmesi;
- Ortaklığın tür değiştirmesi;

Esas Sözleşme Değişikliklerinde Yetersayıları Düzenleyen TTK m. 421'in Değerlendirilmesi

eTK m. 388'in karşılığı olan TTK m. 421 genel kurula ilişkin hükümler arasında yer almaktadır. TTK m. 421/1, esas sözleşmenin değiştirilmesi ile ilgili toplantı ve karar yetersayısına ilişkin genel hükmü içermektedir. Bu hüküm esas itibarıyla, eTK m. 388'in üçüncü ve dördüncü fıkralarının tekrarı olmakla birlikte³² TTK m. 421'de toplantı ve karar nisapları eTK m. 388'e göre farklı şekilde düzenlenmiştir.³³⁻³⁴

TTK m. 421, maddenin ön tasarındaki düzenlemesi, yapılan eleştiriler de dikkate alınarak,³⁵ tamamen değiştirilmiştir. Madde alt komisyonunda değiştirilmiş olan şekliyle, Adalet Komisyonunca da kabul edilmiştir. Ancak, bu madde bu son haliyle kabul edilmiş olmakla birlikte, bu maddeye yapılan yollamalar dikkate alınmamış, TTK'nın değişik maddeleri ile tam olarak uyumlu hale getirilmemiştir. Örneğin TTK'nın 356/3, 473/3, 504, 505, 429/1(d), 538/2 maddeleri-

c) Kayıtlı merkezin yurt dışına taşınması;

d) Tasfiye halinin iptali;

e) Aşağıdaki fıkrada veya tüzük ile tanınan bir veya daha fazla ayrılma nedeninin ortadan kaldırılması;

f) Ayrılma halinde payın değerini belirleme ölçütlerinin değiştirilmesi;

g) Oy kullanma ve katılma hakları ile ilgili iç tüzük değişiklikleri.

Esas sözleşmede aksi belirtilmedikçe, aşağıdaki kararların onaylanmasına katılmayan pay sahiplerinin ayrılma hakları vardır:

a) Sürenin uzatılması;

b) Payların devrine ilişkin kısıtlamaların getirilmesi veya kaldırılması.

Ortaklık belirsiz bir süre için kurulursa ve paylar düzenli bir piyasada yer alıyorsa, pay sahibi en az yüz seksen gün önceden haber vermek suretiyle ayrılabilir; sözleşme bir yılı geçmeyecek şekilde daha uzun bir süre öngörebilir.

Risk sermayesi piyasasından yararlanmayan ortaklıkların düzenlemeleri, ayrılma için başka nedenler öngörebilir.

Yönetim ve koordinasyon faaliyetlerine tabi ortaklıklarda, ayrılmaya ilişkin mevcut hükümler saklıdır.

Bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen hallerde, ayrılma hakkının kullanılıp kullanılmamasına dair her türlü anlaşma geçersizdir.", <https://wipolex.wipo.int/en/text/430550> (07.08.2019)

³² Tasarı 421/1'in madde gerekçesi: "Birinci fıkra, esas sözleşmenin değiştirilmesi ile ilgili toplantı ve karar nisabına ilişkin genel hükmü içermektedir. Bu hüküm, esas itibarıyla, 6762 sayılı Kanunun 388'inci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının tekrarıdır.

³³ eTK'da genel kurul toplantılarında yetersayılarla ilgili bkz. Oğuz İmregün, "Türk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yetersayıları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* (İÜHF), C. 1, S. 1-4, İstanbul, 1984

³⁴ eTK ve TTK arasındaki farklılıklarla ilgili detaylı bilgi için bkz. Abuzer Kendigelen, "Anonim Şirketlere İlişkin Hükümlerde Benimsenen Bazı Ağırlaştırılmış Nisaplar Bilinçli Bir Tercih Ürünü mü?" (Ağırlaştırılmış Nisaplar), Banka ve Ticaret Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara 2015, s.97 vd.

³⁵ Bkz. Moroğlu, *Değerlendirme ve Öneriler*, s. 226 vd.



ne bakıldığında bu uyumsuzluk görülmektedir.³⁶ Bu düzenlemede toplantı ve karar nisabına TTK m. 421'in 3. ve 4. fıkralarının uygulanacağı belirtilmektedir. Ancak m.421'in ön tasarısına³⁷ sonradan yapılan değişiklik gözden kaçırılmış; örneğin, TTK m. 356'nın uygulanma olasılığı oldukça zorlaştırılmıştır. Benzer uyumsuzluklar diğer maddelerde de görülmektedir.

TTK m. 421'in düzenlemesi, TTK m. 418'in düzenlemesinden farklıdır; TTK m. 418, esas sözleşme değişiklikleri dışındaki olağan ya da olağanüstü genel kurul toplantıları ile ilgilidir. TTK m. 421'de konuların önemine göre farklı yetersayılar öngörülmüştür. TTK m. 421, gerekçede de ifade edildiği gibi, esas sözleşme değişikliklerine uygulanacak toplantı ve karar yetersayılarını düzenlemektedir.³⁸ TTK m. 421/1'de toplantı ve karar yetersayıları ayrı ayrı belirtilmiştir. Ancak aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında yetersayılar kararlar açısından ifade edilmiştir; bu yetersayılar, toplantı yeter sayısına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, aynı zamanda toplantının yapılabilmesi için de gereken yetersayılar olarak kabul edilebilir.³⁹

TTK m. 421/2'de oy birliğini gerektiren kararlara yer verilmiştir. Bunlar; (i) Bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar (ii) Ortaklığın merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin kararlardır. eTTK m. 388/1'de yer alan "paysahiplerinin taahhütlerini hususundaki kararlar" ifadesi yerine TTK 421/2 (a)'da "Bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülükler koyan kararlar" ifadesine yer verilmiştir.

³⁶ Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (Tespitler)*, B.3, İstanbul, 2016, s. 319, dpn 182

³⁷ 421/3 ve 4 ilk tasarıda şu şekilde düzenlenmişti:

421/3 Aşağıdaki esas sözleşme değişikliği kararları sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan paylarının sahiplerinin olumlu oylarıyla alınır.

- a) Şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesi,
- b) İmtiyazlı pay oluşturulması,
- c) Nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması

421/4 Aşağıdaki esas sözleşme değişikliği kararları sermayenin en az yüzde ellisini oluşturan paylarının sahiplerinin olumlu oylarıyla alınır.

- a) Esas sözleşmenin her türlü değişikliğine ilişkin kararlar,
- b) Nevi değiştirme, birleşme ve bölünmeye ilişkin kararlar

³⁸ Ön tasarıda m.421/1 sadece karar yetersayılarını düzenlenmekteyken, maddenin son tasarıdaki değişikliklerle aynen kabul edilen son halinde, m. 421/1'de hem toplantı hem de karar yetersayılarına yer verilmiştir.

³⁹ Madde gerekçesi: "Madde, sadece esas sözleşme değişikliklerine uygulanacak toplantı ve karar nisaplarını göstermektedir. Nisaplar "kararlar" bağlamında ifade edilmiştir. Ancak hükümlerden de anlaşılacağı üzere, öngörülen kararların alınabilmeleri en az o oranda toplantı nisabının varlığı ile mümkündür."

Aynı şekilde eTTK m. 381/1’de yer alan “şirketin tabiyetini değiştirmek” ifadesi yerine TTK m. 421/2 (b)’de “şirketin merkezinin yurt dışına taşınması” ifadesine yer verilerek önemli değişiklik yapılmıştır.

TTK m. 421/3’de esas sözleşme değişikliği ile ilgili bazı kararlar önemli kabul edilerek farklı yeter sayılar öngörülmüştür. Önemli kabul edilen bu kararlar ortaklığın işletme konusunun tamamen değiştirilmesi, imtiyazlı pay oluşturulması ve nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması olarak öngörülmüştür. TTK m. 421/5 ile pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören anonim ortaklıklar açısından istisna getirilmiş, bu ortaklıklarda sermayenin artırılması ve kayıtlı sermayenin üst sınırının yükseltilmesi konusuna ilişkin esas sözleşme değişiklikleri ile birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararlarının alınacağı genel kurul toplantıları ile ilgili farklı yetersayılar öngörülmüştür.

TTK m. 421/6’da ise, İşletme konusunun tamamen değiştirilmesi veya imtiyazlı pay oluşturulmasına ilişkin genel kurul kararına olumsuz oy vermiş nama yazılı pay sahipleri, bu kararın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanmasından itibaren altı ay boyunca payların devredilebilirliği hakkındaki kısıtlamalarla bağlı olmadıkları belirtilmiştir.

TTK m. 421 eTK m. 388’den tamamen farklı bir düzenleme getirmiş olduğu için, Yürürlük Kanununun 26. maddesi geçiş hükmüne yer vermiştir. Esas sözleşmelerinde eTK hükümlerinin uygulanacağı belirtilen anonim ortaklıklara, TTK’nın yürürlüğe girmesinden itibaren oniki aylık bir süre tanınarak; bu süre içinde, esas sözleşmelerini değiştirerek, yetersayılar konusunda TTK’ya uygun bir düzenleme yapma olanağı verilmiştir. Ayrıca, herhangi bir sözleşme, taahhütname, temlikname veya diğer bir belgede 6762 sayılı Kanunun 388’inci maddesine madde numarası verilerek veya bu maddenin içeriğine yapılan yollamalar, TTK m. 421’e yapılmış sayılacağı kabul edilmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında da, Bir esas sözleşmede esas sözleşme değişikliklerine ilişkin olarak eTK m. 388’de belirtilenlerden daha ağır yetersayılar öngörülmüş olup da bunlar TTK m. 421/1’de öngörülen yetersayılardan ağırsa, bunların uygulanmasına devam olabileceği; ağırlaştırılmış nisaplara ilişkin esas sözleşmedeki veya herhangi bir sözleşme veya hukukî metindeki özel düzenleme TTK m. 421’e göre daha hafifse m. 421’in uygulanacağı belirtilmiştir. Yürürlük Kanunu m. 20/2’de ise, yapılacak esas sözleşme değişiklikleri açısından imtiyazlı pay sahiplerini korumayı amaçlayan eTK m. 369 ve m. 454 hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüştür.

TTK m. 421’de düzenlenen esas sözleşme değişikliklerinde, genel kurul toplantı ve karar yeter sayıları belirlenirken, TTK m. 479/3 hükmünün de dikkate alınması gerekir. Bu hükme göre, esas sözleşme değişikliklerinde imtiyazlar geçerli olmaz.

Kendigelen, TTK. m. 421’de toplam sermayeye göre belirlenen yetersayıların, oy hakkına yönelik sınırlamalar nedeniyle sorun oluşturabileceği belirtilmektedir.⁴⁰

A. Genel Ana Sözleşme Değişikliği Kararları

TTK m. 421/1’e göre, Kanunda ya da esas sözleşmede farklı bir ağırlaştırıcı hüküm bulunmuyor ise, ana kural olarak, esas sözleşme değişikliğine ilişkin kararlar, ortaklık sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır.⁴¹ TTK m. 421/1’de yetersayılar temsil edilen sermayeye göre değil, TTK m. 418’de olduğu gibi, TTK m. 421/1’de de karar yetersayısı hazır bulunanlar açısından düzenlenmiştir. TTK m. 421/1 c. 1’e göre, Kanunda yer alan yetersayıların sözleşmede yer verilecek hükümlerle değiştirilebilmesi mümkündür. TTK m. 421/1’in son cümlesine göre, “Bu fıkroda öngörülen nisapları düşüren veya nispi çoğunluğu öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir.” Bu nedenle m. 421 kapsamında alınacak kararlarda toplantı yetersayısı esas sermayenin en az yarısı olmalıdır. Anılan bu hüküm gereğince, anılan fıkra kapsamı dışındaki ağırlaştırılmış yeter sayıların esas sözleşme ile değiştirilmesi mümkündür. TTK m. 421/2-6 fıkralarında yer alan yetersayılar ağırlaştırılabilir. Ancak, TTK m. 421/1 ve 418’e göre bu yetersayıların azaltılması olanaksızdır.⁴²

Çağrı yapılmasına karşın, ilk genel kurul toplantısında, Kanunun aradığı yetersayı sağlanamamış ise, en geç bir ay içinde ikinci bir genel kurul toplantısı yapılır. Yapılan bu ikinci toplantıda aranan yeter sayı ortaklık sermayesinin en az üçte birinin temsil edilmesidir. Diğer bir ifade ile ikinci toplantıda ortaklık sermayesinin en az üçte birinin temsil ediliyor olması gerekir.

TTK m. 421/1’de belirtilen yetersayıları düşüren veya nispi çoğunluğu⁴³ öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir. Ancak, bu yetersayılar daha da

⁴⁰ Kendigelen, Nisaplar, s. 125

⁴¹ Y. 11. HD, T. 08.06.2016, E. 155, K. 6336 Sayılı Kararı: “Anonim şirket sermayesinin artırımında, esas sözleşmede özel bir düzenleme yoksa şirket sermayesinin en az yarısını temsil edenlerin çoğunluğuyla sermaye artırımına karar verilir.

Şirket bilançosundaki zararın kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük kararlarında oybirliği kararı gerekir.” (Gönen Eriş, *Ticari İşletme ve Şirketler (Şerh 2017)*, C. 2, B. 3, Ankara, Mayıs 2017, s. 2194)

⁴² Bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar I*, s. 250: “Yasa koyucunun yaklaşımından hareketle bu hususta diyebiliriz ki, 421. maddenin 2-6 fıkralarındaki nisapların ağırlaştırılması mümkündür. Acaba bu nisaplar azaltılabilir mi? Hatırlanacağı gibi 421’in 1. fıkrası ve 418. madde, bu hükümlerde düzenlenen nisapların azaltılmayacağını belirtmektedir. Bu hükmün karşıtı kavramdan maddenin 2-4 fıkralarındaki kararlarda nisabın esas sözleşme ile daha (TK 421. maddenin 1. fıkrasındaki tabanın altına düşmemek koşulu ile) düşük bir orana indirilebileceği sonucuna varılabilir.”

⁴³ Nispi çoğunluk, sadece kullanılan olumlu ve olumsuz oyların hesaplandığı ve lehteki oyların, aleyhteki oylardan fazla olması halinde, önerinin kabul edilmiş sayıldığı çoğunluktur.

ağırlaştırılabilir. Yasa koyucu, paysahipleri yönünden bir anayasa işlevine sahip olduğu düşüncesiyle, esas sözleşmenin çoğunluğun altındaki bir yetersayı ile değiştirilmesini uygun görmemiştir.

TTK m. 421/1’de, birleşme ve tür değiştirme ile ilgili m. 151/1 ve 189/1’in ifadesinden farklı bir ifade kullanılmıştır. TTK m. 151/1, “esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunu temsil etmesi şartıyla, genel kurulda mevcut bulunan oyların dörtte üçü” ifadesi yer almaktadır. Benzer ifadeye TTK m. 189/1’de de yer verilmiştir. TTK m. 421/1’de ise, “şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu” ifadesi yer almaktadır. BTY m. 22/15’de de, genel kurul toplantılarında, ortaklık sermayesinin yarısını temsil eden pay sahiplerinin hazır bulunmalarının gerektiği; kararların ise toplantıda hazır bulunanların oylarının çoğunluğu ile alınacağı belirtilmiştir.

Tek üyeli anonim ortaklıklarda,⁴⁴ sermayenin tümünü oluşturan paya sahip olan tek pay sahibinin, ilk toplantıda hazır bulunması zorunludur. TTK m. 408/3’de tek pay sahibinin genel kurulun tüm yetkilerine sahip olduğu ve tek pay sahibinin genel kurul sıfatı ile karar alabileceği belirtilmiştir. Tek pay sahibi genel kurula tüm paylarını temsilen katılmayabilir; ancak paylarının farklı kişilerce temsil edilerek, farklı yönde oy kullanılamaz. Ayrıca genel kurulda tek pay sahibi ortağın paylarının bir kısmının temsil edilip, bir kısmının temsil edilmemesi olanaksızdır.⁴⁵ Aksini söylemek tek üyeli anonim ortaklık kavramı ile bağdaşmaz. Tek üyeli anonim ortaklıkta kararlar ilk toplantıda ve oybirliği ile alınır. Genel kurula katılmış olan tek üyenin varlığı genel kurul toplantısı için yeterlidir. Bu nedenle tek üyeli anonim ortaklıklarda ikinci toplantı olmaz.⁴⁶

B. Önemli Kabul Edilen Ana Sözleşme Değişikliği Kararları

TTK m. 421/2 ve 3’de bazı konularda ana sözleşme değişiklikleri için, daha önemli kabul edilerek, TTK m. 421/1’den farklı ağırlaştırılmış yetersayılar ön-

⁴⁴ Tek kişilik anonim ortaklıklarda tek paysahibince genel kurul olarak karar alınabilmesi için genel kurulun kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre, usulünce toplanmış, hazır bulunanlar listesi yapılmış, hükümet temsilcinin toplantıya katılmış, toplantı başkanlığı oluşturulmuş, tutanak düzenlenmiş ve kararların deftere yazılmış olması gerekir. Tutanakta oyun kimin tarafından kullanıldığı da gösterilmelidir. Ayrıca tutanağa, oydan yoksunluk varsa yazılmalı, paylar üzerinde intifa hakkı varsa belirtilmelidir.

⁴⁵ Pulaşlı, *Şerh*, s.995

⁴⁶ Kendigelen, TTK m. 418/1’in son cümlesinde. İlk toplantıda öngörülen yetersayı sağlanamadığında ikinci toplantıda herhangi bir yetersayı aranmayacağını belirten ifadenin hatalı olduğunu; çünkü en azından tek paya sahip olan bir paysahibi veya temsilcisinin katılmadığı bir toplantının yapılmasının mümkün olmayacağını, bu nedenle de ikinci toplantı için yetersayının aranmayacağından söz etmenin isabetli olmadığını ifade ederek, dolaylı olarak tek pay sahipli anonim ortaklıklarda da ikinci toplantının olabileceğini belirtmektedir. (Kendigelen, *Tespitler*, s. 317)



görülmüştür. Önemli kabul edilen ana sözleşme değişikliği kararlarında, karar yetersayılarına yer verilmekle birlikte ayrıca bir toplantı yetersayısından söz edilmemiş olduğu için, öngörülen karar yetersayıları toplantı yetersayısı olarak da kabul edilebilir.⁴⁷ Çünkü karar alınabilmesi için toplantıda en az karar yetersayısı için öngörülmüş olan pay sahibinin genel kurulda temsil ediliyor olması gerekir. Yasakoyucu önemli kabul ettiği anasözleşme değişikliklerinde, ikinci toplantıda da aynı yetersayıyı aramaktadır. Genel ana sözleşme değişikliklerinde olduğu gibi azalan yetersayı kabul edilmemiştir.⁴⁸

a. Pay Sahiplerinin Taahhütlerinin Artırılmasına İlişkin Kararlar

TTK m.421/2'ye göre, bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan ana sözleşme değişikliği kararları sermayenin tümünü oluşturan pay sahiplerinin oybirliği ile alınır ve bu yetersayılar toplantılarda da uygulanır; hafifletilmesi de olanaksızdır. İlk toplantıda aranan bu yeter sayılar izleyen toplantılarda da geçerlidir.

TTK m.421/2'nin hükmünde, yanlış anlam çıkarmaya yol açacak şekilde, bilanço zararlarının kapatılması amacı ile yükümlülük konulmasına ilişkin kararlardan söz edilmekle birlikte, burada anlaşılması gereken, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, pay sahiplerinin taahhütlerini artıran kararlardır. Aynı konuyu düzenleyen, eTK m. 388/1'de de "... pay sahiplerinin taahhütlerini artırmak hususundaki kararlar" ifadesine yer verilmişti. TTK m.421/2'de yer alan "bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar" ifadesi öğretide, haklı olarak eleştiriye uğramıştır.⁴⁹ Çünkü, maddenin ifadesi sadece, "bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar" için oybirliğinin aranacağı şeklinde yorumu açıktır.

Ana sözleşme değişikliği ile öngörülecek ikincil yükümlülükler, pay sahiplerinin sahip olduğu payların tamamı için değil de, bir kısmı için öngörülmüş olabilir. Bu durumda, ana sözleşme değişikliği kararı alınabilmesi için, ikincil

⁴⁷ Pulaşlı, *Şerh*, s. 995

⁴⁸ Kendigelen, TTK, m. 421/2 ve 3'de öngörülen yetersayılara ulaşamadığında, izleyen toplantıda da aynı yetersayıların aranacağı için m.421/4'de vurgulanmasına gerek olmadığını, çünkü bu maddelerdeki yetersayıların toplantı değil karar yetersayıları olduğunu ifade etmektedir. (Kendigelen, *Tespitter*, s.320)

⁴⁹ Mehmet Bahtiyar/Esra Hamamcioğlu, *Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları (Genel Kurul)*, İstanbul, 2014, s. 90 "Kanımızca, ikincil yükümlülükler ana sözleşme değişikliği yoluyla ortaklıktaki payların bir kısmına bağlanmışsa, bu hükmü yükümlülük üstlenecek olan payların sahiplerinin oy birliği şeklinde anlamak amaca daha uygun olacaktır."; Moroğlu, *Değerlendirme ve Öneriler*, s. 228 "Bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar için oy birliğinden söz edilmesi hatalı olmuştur. Bu ifade bilanço zararlarının kapatılması dışındaki yükümlülükler için oy birliği gerekmeyeceği yorumuna açık bir ifadedir."; Ahmet Türk, "Ticaret Kanunu Tasarısının Genel, Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığa İlişkin Hükümlerin Bazıları Hakkında Düşünceler", *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, C. II, Ankara 2010, s.2189.

yükümlülük altına sokulan payları temsil edenlerin tamamının olumlu oy kullanmış olması gerekir. Diğer bir ifade ile ikincil yükümlülüklerin sonradan getirilebilmesi için bundan etkilenecek olanların oybirliği gerekir.

SPK m. 29/3'e göre, "Halka açık ortaklıkların genel kurul toplantılarında, ortaklık merkezinin yurt dışına taşınması ile bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar hariç olmak üzere, bu Kanunda veya esas sözleşmelerinde açıkça oran belirtilmek suretiyle daha ağır nisaplar öngörülmediği takdirde, 6102 sayılı Kanunun 418'inci maddesi uygulanır. ..." SPK m. 29/3'ün bu hükmüne dayanılarak, TTK m. 421/2 hükmü halka açık anonim ortaklıklara da uygulanır.

b. Ortaklığın Merkezinin Yurt Dışına Çıkarılmasına İlişkin Kararlar

TTK m.421/2'ye göre, ortaklık merkezinin yurt dışına çıkarılmasına ilişkin ana sözleşme değişikliği kararları, sermayenin tümünü oluşturan pay sahiplerinin oybirliğini gerektirmektedir. eTK m. 388/'de yer alan "şirketin tabiyetini değiştirmek" ifadesi yerine TTK m. 421/2'de, "şirketin merkezinin yurt dışına taşınması" ifadesi yer almıştır. Böylece, madde gerekçesinde belirtildiği gibi, doğrudan doğruya devletler özel hukukunda tüzel kişilerin uyrukluğunu belirlemede kabul gören "şirket merkezinin bulunduğu yer" ölçütüne yer verilmiştir.

Tasarıda, 421/2'de öngörülmüş bulunan kararlarda hem toplantı hem de karar yetersayıları için sermayenin yüzde yüzünü temsil eden pay sahiplerinin tümünün oybirliğini gerektiği ifade edilmiştir. Diğer bir ifade ile kararlar için öngörülmüş olan yeter sayılar toplantı yetersayıları olarak da uygulanacaktır. TTK m.421/2'de yer alan kararlar tüm pay sahiplerinin onayını gerektirdiğinden, belirtilmiş olan yeter sayılar hafifletilmesi olanaksızdır.

Toplantı ve karar yetersayısına ilk toplantıda ulaşılamıyorsa, izleyen toplantılarda da aynı yetersayılar uygulanır.

c. Ortaklığın İşletme Konusunun Tamamen Değiştirilmesine İlişkin Kararlar

TTK m. 421/3'e göre, ortaklık işletme konusunun tamamen değiştirilmesi ile ilgili ana sözleşme değişikliklerinde ortaklık sermayesinin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarına gerek vardır. TTK m. 421/3'de karar yetersayısı m. 421/1'den farklı olarak, hazır bulunanlara göre değil, sermayenin belirli bir oranına göre öngörülmüştür.

TTK m. 421/3'de belirtilen yetersayı, TTK m. 356/3, 473/3, 504, 505, 529/1(d) ve 538'de yer alan yollamalar nedeniyle, kuruluşun sonra devralma, ortaklık esas sermayesinin azaltılması, her çeşit borçlanma senetlerinin ihracı, menkul kıymet çıkarılmasında yönetim kuruluna yetki verilmesi, anonim ortaklığın sona erdirilme-

si,⁵⁰ önemli miktardaki aktiflerin toptan satılması⁵¹ ile ilgili genel kurul kararlarının alınmasında da uygulanır. Sermaye artırımı kararlarının nitelikli çoğunlukla alınacağına ilişkin esas sözleşme hükmünün değiştirilmesi, yine aynı nitelikli çoğunlukla karara bağlanmalıdır.⁵² Sermaye artırımı kararı ise bir ana sözleşme değişikliği olduğundan ve Kanunda özel bir yetersayıya yer verilmemiş olduğundan, genel ana sözleşme değişikliklerine ilişkin TTK m. 421/1 hükmü uygulanacaktır.

TTK m. 421/3'de belirtilen yetersayı ilk toplantıda sağlanamadığında sonraki toplantılarda da aynı yetersayı aranmaktadır (TTK m.421/4).⁵³

TTK m. 421/3'de işletme konusunun tamamen değiştirilmesi ile işletme konusunun değiştirilmesi ayrı değerlendirilerek, işletme konusunun tamamen değiştirilmesi özel bir anasözleşme değişikliği olarak kabul edilmiş; ortaklık işletme konusundaki tüm değişiklikler için aynı yetersayılar öngörülmemiştir. TTK m. 421/3'ün madde gerekçesinde, işletme konusunun "tamamen" değiştirilmesi ile bir konudan başka bir işletme konusuna geçilmesi veya bu sonucu doğuracak değişikliklerin ifade edildiği belirtilmiş ve konuya ilişkin örneğe yer verilmiştir. Örneğin mobilya üretiminden vazgeçilip turizm yapılmak istenmesi veya mobilyacılık muhafaza edilmekle birlikte kaleme alış şekline göre pasif konu kabul olunması gibi durumlarda işletme konusunun tamamen değiştirilmiş olduğu; işletme konusunun daraltılması veya genişletilmesi, hatta önemli değişikliklerin, bu hükmün kapsamı dışında olduğu ifade edilmiştir. Mevcut işletme konusunun terk edilmesi ve ona çok yakın yeni bir konuya geçilmesine bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı mahkeme kararları ile doktrine bırakılmıştır. Bu nedenle, TTK m. 421/3'ün uygulanabilmesi için ortaklık işletme konusunun tamamen değiştirilip değiştirilmediğinin saptanması çok kolay olmayıp, sorunlara neden olacaktır. Bu düzenleme öğretide de eleştirile uğramış olup,⁵⁴

⁵⁰ Y. 11. HD, T. 09.05.2016, E. 10391, K. 5202 Sayılı Kararı: "6102 sayılı TTK m. 529/1(d) ve 421/3-4 maddeleri uyarınca sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla tasfiye kararı alınmalıdır. (Eriş, *Şerh 2017*, s. 2195)

⁵¹ BTY m. 20/12'ye göre de genel kurul toplantısında, önemli miktarda ortaklık aktiflerinin toptan satışı kararının, ortaklık sermayesinin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan pay sahiplerinin olumlu oylarıyla alınacağı; ilk toplantıda bu yetersayının bulunmaması halinde, yapılacak ikinci toplantıda da aynı yetersayıların alınacağı belirtilmiştir. Ancak kanunda yer almayan bir düzenlemeye yönetmelikte yer verilmesi eleştiriye açıktır. Bkz. Levent Biçer/Esra Hamamcioğlu, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Uygulanan Yetersayılar ve Bazı Değerlendirmeler, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (BAÜHFD), 2017, C. 12, S. 149-150, s. 82

⁵² Y. 11. HD, T. 06.09.2013, E. 2111, K. 15138 Sayılı Kararı: "Sermaye artırımı kararlarının nitelikli çoğunlukla alınacağına ilişkin esas sözleşme hükmünün değiştirilmesi, yine aynı nitelikli çoğunlukla karara bağlanmalıdır." (Eriş, *Şerh 2017*, s. 2196)

⁵³ Ömer Korkut, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımının Geçersizliği", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)*, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 280

⁵⁴ Bahtiyar/Hamamcioğlu, a.g.e., s. 92; Moroğlu, *Değerlendirme ve Öneriler*, s.228; Kendigelen, *Tespitler*, s. 320

Moroğlu'nun belirttiği gibi, işletme konusunun “tamamen” değiştirilmesi koşulu hükmün dolanılmasına uygun niteliktedir.⁵⁵

TTK m. 421/3'de işletme konusunun tamamen değiştirilmesi kararlarına yer verilmiş ancak, yapısal değişiklik ile ilgili kararlara ilişkin yetersayılar TTK m. 421'de yer almamıştır. Çamoğlu'nun ifade ettiği gibi, bu işlemlerin özendirilmesi amacı ile birleşme, bölünme ve tür değiştirme konusundaki genel kurul kararları, daha düşük yetersayılara bağlanmıştır.⁵⁶

d. İmtiyazlı Pay Oluşturulmasına İlişkin Kararlar

İmtiyazlı payların oluşturulmasına ilişkin ana sözleşme değişikliği kararları, TTK m. 421/3'e tabi olmakla birlikte; mevcut imtiyazlı payların genişletilmesine ilişkin kararlar, bu hükmün kapsamı dışındadır. Kanunun madde gerekçesinde açıkça ifade edildiği gibi, sonradan imtiyazlı payın oluşturulması yeni bir düzen oluşturmaktadır. Bu nedenle mevcut imtiyazlı payların veya imtiyazların kaldırılması veya zayıflatılması 454'üncü maddeye tâbidir. Diğer bir ifade ile mevcut imtiyazlı payların genişletilmesi amaçlanıyor ise, TTK m. 421/1 hükmü değil; imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna ilişkin yetersayıları düzenleyen m. 454/3 hükmünün uygulanacağı ifade edilmiştir. TTK m. 421/1(b) hükmü iki açıdan eleştiriye uğramıştır.⁵⁷ İlk olarak, ilk kez imtiyazlı payların oluşturulması ile mevcut imtiyazların genişletilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. İkinci olarak, m. 421'de TTK m. 454'e yollama yapılmamış olması bu maddenin uygulanmasını mümkün kılmamaktadır. Biz de bu eleştiri ve görüşlere katılıyoruz. İmtiyazlı pay oluşturulması ya da mevcut imtiyazlı payların yanında yeni imtiyazlı paylar yaratılmak istenmesi, pay sahiplerinin korunması yönünden, farklılık yaratmamaktadır. Her iki halde de m.421'deki yetersayıların aranması amaca daha uygun olurdu.

e. Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlanmasına İlişkin Kararlar

Nama yazılı payları devrinin sınırlanması Türk Ticaret Kanunu ile getirilen bir yeniliktir.⁵⁸ TTK m. 421/3(c)'ye göre nama yazılı pay senetlerinin sınırlanmasına ilişkin sözleşme değişikliği kararları da, sermayenin en az yüzde

⁵⁵ Moroğlu, *Değerlendirme ve Öneriler*, s. 228 “Öte yandan, maddenin üçüncü fıkrasını (a) bendinde öngörülen, işletme konusunun değiştirilmesine ilişkin “tamamen” koşulu hükmün dolanılmasına yol açacaktır. Gerçekten şirketin işletme konusunun yüzde doksan dokuzu değiştirilirse (a) bendi hükmü devre dışı kalacaktır. Bu nedenle, “tamamen” sözcüğü yerine “esaslı bir bölümü” ibaresi konulmalıdır.”

⁵⁶ Ersin Çamoğlu, “Yeni Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Nisaplar” (Nisaplar), *Yaklaşım*, Y. 21, S.241, Ocak 2013, s. 246

⁵⁷ Çamoğlu (Poroy/Ünal Tekinalp), *Ortaklıklar I*, s. 512 vd.

⁵⁸ Nama yazılı pay senetlerinin sınırlanması ile ilgili bkz. Karasu, Rauf, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlanması”, *Gazi Üniversitesi HFD C. 12*, Prof. Dr. Atilla ÖZER'e Armağan, s.127-148

yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınır.⁵⁹ Nama yazılı payların devrinde her tür kısıtlama yüzde yetmişbeş yetersayıya bağlanmıştır. Yasakoyucu açıkça ifade etmemiş olsa da, nama yazılı payların devri konusunda bir bağlam hükmünün mevcut olduğu varsayımına dayanmıştır.⁶⁰ TTK m.421/6'ya göre, nama yazılı pay sahipleri, işletme konusunun tamamen değiştirilmesi veya imtiyazlı pay oluşturulmasına ilişkin genel kurul kararına olumsuz oy vermiş ise, bu kararın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlanmasından itibaren altı ay süreyle payların devri ile ilgili kısıtlamalarla bağlı olmaz. Bu düzenleme de eleştiriye uğramıştır.⁶¹ Mevcut hükme göre, yapılacak esas sözleşme değişikliklerinde yeni bağlamlar öngörülmesi ise, karara olumsuz oy veren pay sahiplerini paylarını hiçbir şekilde serbestçe devredemeyeceklerdir. Oysa esas sözleşme değişikliği ile yapılacak bir bağlama, diğer bir ifade ile ortaklığa girerken mevcut olmayan devir sınırlamasına, sonradan yapılacak bir sözleşme değişikliği ile getirilmesine, karşı çıkması halinde payını devir olanağının tanınması daha doğrudur.

f. Sermaye Piyasası Kanununda Belirtilen Durumlara İlişkin Kararlar

TTK m. 421/5'e göre, Pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören ortaklıklarda, sermayenin artırılması ve kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesine ilişkin anasözleşme değişiklikleri ile birleşmeye, bölünmeye ve tür değiştirmeye ilişkin konularda genel kurulda karar alınabilmesi için, anasözleşmelerinde aksine hüküm yoksa TTK m. 418'de öngörülen toplantı yetersayıları uygulanır. Bu hükmün uygulanabilmesi için anonim ortaklığın pay senetlerinin borsada işlem görmesi gerekir. Bu hüküm, pay senetleri borsada işlem görmeyen anonim ortaklıklara uygulanmaz. TTK m. 421/5'de belirtilen konularda karar alınabilmesi için TTK. 418'de yer alan genel yetersayılara uyulacaktır. Bu

⁵⁹ Y. 11. HD, T. 10.06.2015, E. 2727, K. 8016 Sayılı Kararı: "Nama yazılı payların devrinin sınırlandırılmasına yönelik esas sözleşme değişikliğinde, TTK m. 421/3(c) hükmü uygulanır. Bu kurala uymayan genel kurul kararı batıl sayılır." (Eriş, *Şerh 2017*, s. 2195)

Y. 11. HD, T. 13.03.2015, E. 2094, K. 3465 Sayılı Kararı: "Esas sözleşme değişikliğinin bazı kararları, özel karar sayısı ile belirlenmiş olmasına göre, TTK m. 421/3(c) hükmü uyarınca sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla karara bağlanması gerekmektedir." (Eriş, *Şerh 2017*, s. 2196)

⁶⁰ Çamoğlu, Nisaplar, s. 247

⁶¹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar I*, s. 513 "... TK 421. Maddenin 3. fıkrasının (c) bendi uyarınca sözleşme değişikliği ile yeni bağlam getirilmesi halinde karara olumsuz oy veren paydaşlara, paylarını serbestçe devredebilecekleri bir süre tanınmamıştır. Oysa karara muhalif kalan paydaşlar açısından, aynı türden serbest devir süresine işletme konusunun tamamen değiştirilmesi halinde ihtiyaç vardır."; Kendigelen, *Tespitler*, s. 321 "Ancak bu hakkın TTK m. 421/3 kapsamındaki iki karar için tanınıp, doğrudan devir sınırlaması öngören esas sözleşme değişiklikleri halinde tanınmaması yerinde olmamıştır. Gerekçedeki ifadenin aksine, ortağa payını serbestçe devir imkanının tam da bu halde sağlanması zorunludur. Zira bir ortağın, ortaklığa girerken mevcut olmayan bir devir sınırlamasına, kendi karşı iradesine rağmen muhatap kılınması adil değildir."

kararlarda, toplantı yetersayısı ilk toplantıda sermayenin dörtte biri; karar yeter sayısı ise, toplantıda bulunanların oy çoğunluğudur. TTK m. 421/1’de m. 418’e toplantı yetersayıları için atıf yapılırken, karar yeter sayılarına ilişkin atıf yer almamaktadır. Öğretide, hükmün konuluş amacı dikkate alınarak, karar yeter sayıları konusunda da m. 418’in uygulanacağı, kabul edilmiştir.⁶² Sermaye Piyasası Kanunu (SPK), tüm halka açık anonim ortaklıklar için özel hükümlere yer vermiştir. Diğer bir ifade ile payları borsada işlem görsün ya da görmesin bu hükümlere bağlıdır. SPK m. 29/3’e göre, halka açık anonim ortaklıklar, ortaklık merkezinin yurt dışına taşınması, bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar dışında, TTK veya anasözleşmede daha ağır yeter sayılar öngörülmemiş ise, SPK m. 29/6 hükmü saklı olmak üzere, TTK m. 418 uygulanacaktır. Bu nedenle TTK m. 421/5’in uygulama kabiliyetinin kalmadığı söylenebilir.⁶³

SPK m. 29/6’ya göre, “Halka açık ortaklıklarda yeni pay alma haklarının kısıtlanmasına, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna yeni pay alma haklarını kısıtlama yetkisinin verilmesine, sermaye azaltımına ve 23’üncü maddenin birinci fıkrasına göre belirlenen önemli nitelikteki işlemlere ilişkin kararların genel kurulca kabul edilebilmesi için, esas sözleşmelerinde açıkça oran belirtilmek suretiyle daha ağır nisaplar öngörülmediği takdirde, toplantı nisabı aranmaksızın, ortaklık genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisinin olumlu oy vermesi şartı aranır. Ancak, toplantıda sermayeyi temsil eden oy hakkını haiz payların en az yarısının hazır bulunması hâlinde, esas sözleşmede açıkça daha ağır nisaplar öngörülmedikçe, toplantıya katılan oy hakkını haiz payların çoğunluğu ile karar alınır. Bu işlemlerde, 6102 sayılı Kanunun 436’ncı maddesinin birinci fıkrasına göre taraf olan ortaklar bu işlemlerin onaylanacağı genel kurul toplantılarında oy kullanamazlar. Bu fıkrafta belirtilen nisapları hafifleten esas sözleşme hükümleri geçersizdir.”

SPK m. 29/6’da bazı önemli nitelikteki işlemlere örnek verilmiş olup, Sermaye Piyasası Kurulu da SPK m. 23/1’e göre önemli nitelikteki işlemleri belirleme yetkisine sahip bulunmaktadır. Sermaye Piyasası Kurulunca bu yetkiye dayanılarak, II-23.1 sayılı “Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği”⁶⁴ yayımlanmıştır.

Halka açık anonim ortaklıklarla ilgili bir diğer düzenlemeye de SPK m. 33/4’de yer verilmiştir. SPK m. 33/4’e göre, “Pay sahibi sayısı sebebiyle halka

⁶² Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar I*, s. 515; Bahtiyar, *Ortaklıklar*, s. 186.

⁶³ Bkz. Bahtiyar, *Ortaklıklar*, s.186; Bahtiyar, *Sermaye Piyasası*, s. 60.

⁶⁴ 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı Resmi Gazete

açık sayılan ortaklıklardan, 16'ncı madde uyarınca paylarının borsada işlem görmesini istemeyenler, pay sahibi tam sayısının en az üçte ikisinin olumlu oyu veya toplam oyların dörtte üçü ile alınacak bir genel kurul kararı ile bu Kanun kapsamından çıkabilir. Bu durumda Kanunun kapsamından çıkma kararına olumlu oy kullanmayan pay sahiplerine 24'üncü madde uyarınca ayrılma hakkı tanınır. 16'ncı maddenin ikinci fıkrası uyarınca Kurulca resen halka açık ortaklık statüsünden çıkarılacak ortaklıkların hâkim ortaklarına diğer paylar için pay alım teklifinde bulunma zorunluluğu getirilebilir. Buna ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir." Bu hükümde, SPK m. 29/3 ve 29/6'dan farklı olarak, karar yetersayıları paya değil pay sahibi tam sayısına göre düzenlenmiştir.

SONUÇ

Anonim ortaklıklarda genel kurul toplantılarının amacı, kural olarak, gündem maddelerinde yer alan konularda karar almaktır. Anonim ortaklıklarda karar alınması bir süreçtir. Bu süreçte genel kurulda bulunanlar tartışır ve önerilerde bulunurlar. Bu sürecin iyi yönetilebilmesi ve sonuç olarak sağlıklı kararların alınabilmesi için hem toplantı hem karar aşamasında belirli yetersayılara gerek vardır. Ancak kararı gerektiren her konunun da aynı önemde olması olanaksızdır. Bu nedenle yasakoyucu yetersayıları belirlerken, konulara göre farklı yetersayılar aramıştır. Toplantıların yapılması ve karar alınması için, genel kurulda sermayenin belli bir oranına sahip pay sahiplerinin veya temsilcilerinin hazır bulunmasını zorunlu kılmıştır. Toplantı yetersayısı ile ilgili oranın, olağan yetersayıların arandığı ilk toplantıda ve ağırlaştırılmış yetersayıların arandığı tüm toplantılarda toplantı süresince korunmasını sağlamak, gerek pay sahiplerinin gerekse ortaklığın çıkarlarıdır. TTK m. 418/1'deki "... Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır" hükmü bu açıdan önemlidir. Böylece toplantı boyunca yetersayının korunmasına ilişkin şartın Kanunda yer alması, toplantı yetersayısının toplantı sonuna kadar korunup korunmayacağına yönelik tartışmalara yer bırakmamaktadır. Ancak, bu hüküm tek başına tüm tartışmaları engellememekte, bu kez "toplantı süresince" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ve toplantı devam ederken, toplantı yetersayının başlangıçta var olan oranın altına düşmesi halinde, o ana kadar alınmış olan kararların geçerli olup olmadığı şeklinde bir tartışmaya yol açmıştır. Ayrıca bu şartın, sadece basit yetersayıyı gerektiren kararlar için mi öngörüldüğü, yoksa ağırlaştırılmış yetersayılara tabi kararlarda da geçerli olup olmadığı şeklinde bir tartışmaya da neden olmaktadır. Tüm bu tartışmalar da dikkate alındığında, bu şartın Kanunda yer alması yerinde olmakla birlikte, TTK m. 416'da olduğu gibi, "... bu toplantı nisabı varolduğu sürece karar alınabilir" veya "bu nisap aranan oranın altına düştüğü andan itibaren karar alınmaz, o ana kadar alınan kararlar geçerlidir" şeklinde ek bir düzenlemeye gerek vardır.

Ortaklık sözleşmesi, ortaklığın anayasası niteliğinde kabul edildiğinden, pay sahiplerinin ve ortaklığın yararı açısından, ana sözleşme değişiklikleri önemli konular arasındadır. Bu nedenle esas sözleşme değişiklikleri TTK m. 421’de, yerinde olarak, özel olarak ele alınmıştır. Ancak her sözleşme değişikliği aynı öneme sahip değildir. Bu noktada ana sözleşme değişiklikleri de konusuna göre farklı ağırlaştırılmış yetersayılara tabi kılınmıştır. Kanunda öngörülen esas sözleşme değişikliklerine ilişkin yetersayılar belirlenirken, özellikle İsvBK m. 704’ün kaynak oluşturmuştur. TTK m. 421’in ana sözleşme değişiklikleri ile ilgili düzenlemesi, bazı noktalarda açıklamaya gerek duymakta, bazı noktalarda ise yanlış anlaşılmalara neden olmaktadır. Ayrıca TTK m. 421’in madde tasarısında sonradan yapılan değişikliklerde, bu maddeye Kanunun diğer maddeleri ile yapılan yollamaların dikkate alınmadığı görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Altaş, Soner, “Anonim Şirketlerde Olağan Genel Kurul Toplantısı Çağrısız Olarak Yapılabilir mi?”, *Çözüm*, Ocak-Şubat, 2015
- Bahtiyar, Mehmet, “Anonim Şirket Genel Kurulunda Toplantı Yetersayısının “Toplantı Süresince Korunması” Şartına İlişkin TTK 418/1 Hükümünün Değerlendirilmesi” (Toplantı Yetersayısı), *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan*, İstanbul, 2017
- Bahtiyar, Mehmet, *Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş* (Sermaye Piyasası), B. 1, Mayıs 201
- Bahtiyar, Mehmet/Hamamcıoğlu, Esra, *Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları (Genel Kurul)*, İstanbul, 2014
- Bahtiyar, Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku* (Ortaklıklar), B. 13, İstanbul, 2019
- Biçer, Levent/ Hamamcıoğlu, Esra, “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Uygulanan Yetersayılar ve Bazı Değerlendirmeler”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (BAÜHFD), 2017, C. 12, S. 149-150
- Bilgili, Fatih/Demirkapı, Erhan, *Şirketler Hukuku*, Bursa, 2013
- Çamoğlu, Ersin, “Yeni Ticaret Kanunu’nda Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Nisaplar”, *Yaklaşım*, Y. 21, S.241, Ocak 2013
- Domaniç, Hayri, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. II, Anonim Şirketler*, İstanbul, 1988
- Ercan, Tayfun “Elektronik Ortamda Yönetim Kurulu ve Genel Kurul”, *Terazi*, Mayıs 2012,
- Erdem, Nuri, “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Toplantı Yetersayıları Bağlamında Pay sahibinin Toplantıdan Ayrılmasının Alınan Kararların Geçerliliğine Etkisi”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2018, Y. 4, S. 2
- Eriş, Gönen, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler* (Şerh 2004), C. 2, Ankara, 2004
- Eriş, Gönen, *Ticari İşletme ve Şirketler (Şerh 2017)*, C. 2, B. 3, Ankara, Mayıs 2017
- İmregün, Oğuz, *Anonim Ortaklıklar* (Ortaklıklar), İstanbul, 1989
- İmregün, Oğuz, “Türk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yetersayıları” (Yetersayılar), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* (İÜHFM), C. 1, S. 1-4, İstanbul, 1984
- Karasu, Rauf, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması”, *Gazi Üniversitesi HFD* C. 12, Prof. Dr. Atilla ÖZER’e Armağan
- Kendigelen, Abuzer, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (Tespitler), B.3, İstanbul, 2016

- Kendigelen, Abuzer, “Anonim Şirketlere İlişkin Hükümlerde Benimsenen Bazı Ağırlaştırılmış Nisaplar Bilinçli Bir Tercih Ürünü mü?” (Ağırlaştırılmış Nisaplar), *Banka ve Ticaret Enstitüsü 60. Yıl Armağanı*, Ankara 2015
- Korkut, Ömer, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımının Geçersizliği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)*, C. LXXI, S. 2, 2013
- Moroğlu, Erdoğan, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (Hükümsüzlük), İstanbul, 2014
- Moroğlu, Erdoğan, *6102 S.lı Türk Ticaret Kanunu- Değerlendirme ve Öneriler* (Değerlendirme ve Öneriler), B. 7, İstanbul, Nisan 2017
- Nomer, Haluk, *Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar*, İstanbul, 2008
- Özsunay, Ergun, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul 1982
- Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, B.13, İstanbul, 2014
- Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt I, B: 3, Ankara, 2018
- Tekinalp, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, (Sermaye Ortaklıkları), B. 3, İstanbul, 2013
- Yayla, Ümit, *Anonim Ortaklık Genel Kurulları - Elektronik Genel Kurullar*, İstanbul, 2013
- Türk, Ahmet, “Ticaret Kanunu Tasarısının Genel, Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığa İlişkin Hükümlerin Bazıları Hakkında Düşünceler”, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, C. II, Ankara 2010

İnternet Kaynakları

- <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/index.html> (07.08.2019)
- https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_aktg/englisch_aktg.pdf (07.08.2019)
- <https://wipo.int/en/text/430550> (07.08.2019)

İçtihadı Birleştirme Kurumu ve İptal Kararı Üzerine Fiili Çalışmaya Bağlı Döner Sermaye Ek Ödemelerinin Davacıya Ödenmesi Gerektiğine İlişkin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 2013/2 Esas ve 2018/2 Sayılı Kararı Üzerine Değerlendirme^(*)

An Assesment of Unification of Conflicting Judgements Institution and Council of State Assembly on the Unification of Conflicted Judgements Decision No 2018/2 Principal No 2013/2 Which States that Additional Payments of the Revolving Funds Connected to the Actual Work Should be Paid to the Plaintiff Upon Cancellation Decisions

Dr. Öğr. Üyesi **Şerife YILDIZ AKGÜL^(**)**

Öz

Hukuk devleti ilkesine işlerlik kazandıran iptal davası sonucu verilecek iptal kararları ile hukuka aykırı işlemler geçmişe etkili şekilde alındıkları tarihten itibaren ortadan kaldırılmaktadır. Ancak iptal kararlarının, kazanılmış hakların, üçüncü kişilerin, idari istikrarın korunması gibi kimi durumlarda geçmişe etkili şekilde uygulanmadığı durumlar da söz konusu olabilmektedir. İptal kararlarının uygulanması çerçevesinde idarenin yapması gereken işlem ve eylemlerin kapsamı konusunda da tereddütler yaşanabilmektedir.

Kamu görevlileri hakkında yapılan işlemlere ilişkin verilen iptal kararlarının uygulanması kapsamında fiili çalışmaya bağlı ödemelerin de yapılıp yapılamayacağı konusunda oluşan içtihat ayrıklıklarını gidermek için alınan 2013/2 Esas ve 2018/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararını değerlendiren bu çalışmada öncelikle somut karar bağlamında içtihadı birleştirme kurumuna ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuş sonrasında ise kararın esası değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

İçtihadı Birleştirme Kararı, İptal Davası, İptal Kararı, İptal Kararlarının Geriye Yürümesi, Kazanılmış Hak, İdari İstikrar.

Abstract

With the cancellation decisions to be given as a result of the cancellation lawsuit, which provides the principle of the rule of law, unlawful transactions are eliminated as of the effective date. However, there may also be cases in which the cancellation decisions, the rights acquired, the protec-

^(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 01.11.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 01.11.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 04.11.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 01.11.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 16.11.2019.

^(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı,
E-mail: serifey@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-2264-2624>.

tion of third parties, administrative stability, etc. are not effectively applied to the past. Within the framework of the implementation of cancellation decisions, there may be doubts about the scope of the actions and actions that the administration should take.

Within the scope of the implementation of the cancellation decisions regarding the public officials, the work that evaluates the unification of conflicting judgements 2013/2 and no 2018/2, which was taken in order to eliminate the contradictions regarding whether the payments related to the actual work can also be made or not, was evaluated in the context of the conflicting judgements institution. Then the basis of the decision was evaluated.

Keywords

Decision of Unification of Conflicting Judgements, Cancellation Case, Cancellation Decision, Retroactivity of Cancellation Decisions, Acquired Rights, Administrative Stability.

GİRİŞ

Kanunların hukukun temel kaynağını oluşturduğu Kıta Avrupa'sında mahkemeler kanunlara uygun şekilde karar vermekle yükümlüdürler. Kanunlarda hüküm olmayan hallerde dahi hâkim görevi kapsamında hüküm kurmak ve uyuşmazlığı çözmek zorundadır. İhkak-ı haktan imtina edemeyen hâkim kanun koyucunun bilerek ya da ihmali sonucu oluşan boşlukları doldurmak suretiyle hükmünü kurar. Hâkim hüküm bulunmayan hallerde bu boşluğu mahkeme içtihatlarından yararlanma suretiyle doldurabilir.¹

Bu çerçevede içtihatlar, hukukun kaynakları arasında yer alır. Bazı sistemlerde bağlayıcı, bazı sistemlerde yardımcı kaynak olarak kabul edilmektedir. Türk Hukukunda temel olarak yardımcı kaynaklar arasında yer alsa da içtihadı birleştirme kararları özelinde her zaman ilave açıklamalar yapılmakta hatta bu kararlar nedeniyle karma bir sistem uygulandığı kabul edilmektedir. Buna göre içtihadı birleştirme kararları bağlayıcı, diğer mahkeme içtihatları ise yardımcı kaynaklar arasında yer alır.² Mevzuat yeterince açık değilse hukuka saygılı idare tarafından içtihatlar, yardımcı kaynak olarak dikkate alınmalıdır.³

Kodifiye edilmemiş bir hukuk dalı olan idare hukukunda içtihatlar büyük önem taşır⁴ hatta idare hukuku bu özelliği nedeniyle içtihat hukuku olarak da adlandırılmaktadır.⁵ Mahkeme içtihatlarının yeni bir hukuk kuralı yaratmadığından bahisle hukukun kaynakları arasında yer almadığını savunan Onar, idare hu-

¹ Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 18. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2017, s. 72-73.

² Gözübüyük/Tan, a.g.e., 2018, s.149.

³ Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.81.

⁴ Metin Günay, *İdare Hukuku*, 11. Baskı, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2017, s.29.

⁵ A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, 12. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s.149; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, 3. Baskı, Bursa, Ekin, Mayıs 2019, s.69.

kuku bakımından ise içtihatların en başta gelen, idare hukukunu oluşturan ve geliştiren kaynak olarak ele almaktadır.⁶ Gerçekten de sadece davanın tarafları bakımından değil herkes hakkında hüküm ve sonuç doğuran iptal davalarında verilen iptal kararları ile idare hukukuna ilişkin ilkeler yaratılmaktadır. İptal kararlarının hüküm ve sonuçlarının herkes için geçerli olması sadece düzenleyici işlemler bakımından değil birel işlemler bakımından da söz konusu olabilmektedir.⁷ Hatta birel işlemlere ilişkin iptal kararlarının, uygulama yoluyla etkileri bakımından, içtihadı birleştirme kararları gibi bağlayıcı olduğu ileri sürülmüştür.⁸

İçtihatlardan yararlanma hâkime zamandan tasarruf etmek suretiyle katkı sağlamanın yanında hukuk kuralları mahkemelerce aynı şekilde uygulanmak suretiyle adalet ve eşitlik de sağlanmış olacaktır.⁹

İçtihatlardan yararlanmanın bu faydalarına karşın bu uygulamaya, önceki kararlara aşırı bağlılığın şekilciliği ön plana çıkarıp hakkaniyete uygun kararlar verilmesini engelleyeceği yönünden karşı çıkan görüşler mevcuttur. Hatta tarihte mahkeme kararlarından yararlanmayı yasaklayan kanuni düzenlemeler de mevcuttur.¹⁰

İçtihat aykırılık ve uyuşmazlıklarını gidermek için getirilmiş, idare ve idari yargı yerleri için bağlayıcı nitelikteki içtihadı birleştirme kararları söz konusu olduğunda eleştiriler daha da artmaktadır. Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine taşınan bu eleştiriler şu şekilde özetlenebilir; Bağlayıcı nitelikte olması nedeniyle hukuku kalıplaştırıcı etkisi ve yasama yetkisinin kullanımı niteliğinde olması. Belirtmek gerekir ki içtihadı birleştirme kararları bağlayıcı olmakla birlikte bu kararlar ile yeni kurallar yaratılmamakta, kurallar yorumlanmaktadır. Dolayısıyla yasama yetkisinin kullanımı anlamına gelmemektedir. Ayrıca içtihadı birleştirme kararları değiştirilemez kararlar da değildir. Başka bir içtihadı birleştirme kararı ile mevcut içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi mümkün olduğundan bu kararların hukuku kalıplaştırıcı etkisinden bahsedilemez.¹¹

⁶ Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, I. Cilt, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s.403-404.

⁷ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, Eylül 2018, s.45.

⁸ İl Han Özay, *Türkiye'de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Ankara, Danıştay Başkanlığı, 1982, s.15.

⁹ Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 18. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2017, s. 72-73.

¹⁰ İçtihatlardan yararlanmayı yasaklayan; Doğu Roma İmparatoru Justinien tarafından konulan yasak, 1683 tarihli Danimarka Kanununun yayınlanmasından sonra konulan yasak ve 1794 Prusya Kanunu örnekleri için bkz. Alf Ross, *On Law Justice*, London, 1958, nakleden Güriz, a.g.e., s. 72.

¹¹ 1961 Anayasası döneminde verilen Anayasa Mahkemesi kararında Yargıtay'a verilen içtihatları birleştirme yetkisine ilişkin anayasaya aykırılık iddiaları oybirliğiyle reddedilmiştir. Yasama yetkisinin kullanımı ve mahkemelere genelge niteliğinde olduğundan bahisle anayasaya aykırılığı ileri sürülen

Bu çalışmada idare ve idari yargı yerleri için bağlayıcı olan içtihadı birleştirme kurulu kararları, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun (DİBK) 12.12.2018 tarih ve 2013/2 Esas ve 2018/2 sayılı içtihadı birleştirme kararı (İBK) üzerinden ele alınacaktır. Söz konusu karar; iptal edilen işlemler nedeniyle yoksun kaldıkları döneme ilişkin sağlık bakanlığı personelinin döner sermaye ek ödemesinden yararlandırılmasına ilişkindir. İptal kararlarının sonuçlarına ilişkin bu karar; tıpkı içtihadı birleştirme kararlarında yapılan değerlendirme gibi usul ve esas üzerinden başklandırılmak suretiyle ele alınacaktır.

I. USUL YÖNÜNDEN

Çalışmanın konusunu oluşturan kararda tartışılmaya değer görülen hususlar üzerinden kısa bir içtihadı birleştirme kurumu değerlendirmesi yapılacaktır. Kararda dikkat çeken hususlar; içtihatların birleştirilmesi talebinin kim tarafından yapıldığının belli olmaması, kararın alınma süresi ve sonrasında bu kararların etki ve sonuçlarına ilişkin konular olduğundan değerlendirme bu başlıklar üzerinden yapılacaktır.

A. İçtihatların Birleştirilmesini İstemeye Yetkili Olanlar

Çalışmaya konu karar, Danıştay 5. Dairesi'nin 30.05.2007 tarih, Esas No: 2004/4757 Karar No: 2007/2687 sayılı kararı ile 12. Dairesi'nin 04.05.2010 tarih ve Esas No: 2010/898, Karar No: 2010/2438 sayılı kararı arasındaki aykırılığın giderilmesinin içtihadın birleştirilmesi yoluyla istenmesi üzerine verilmiştir. Ancak karar metninden kimin tarafından içtihadın birleştirilmesi talebinde bulunduğu bilgisine yer verilmemiştir. Aslında verilecek kararın hukuki niteliği talepte bulunanlar bakımından değişmemekle birlikte, içtihadı birleştirme kararlarının hangi andan itibaren hüküm ifade edeceği tartışmalarında özellikle içtihadın birleştirilmesi talebinin kararlarla ilgili kişiler tarafından yapılması hali önem arz etmektedir. Tüm bu ayrımların dışında talepte bulunanın bilinmesi bu kuruma ilişkin Danıştay'ın yaklaşımı ve ne sıklıkta başvurduğu konusunda yapılacak değerlendirmeler konusunda da değerli bir bilgidir. İçtihadı birleştirme talebinde bulunacaklar asıl olarak Danıştay Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak Danıştay Kanunu'nda sayılanlar dışındaki idari yargı yerleri de içtihadın birleştirilmesini talep edebilirler.

İçtihadı birleştirme kararlarına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi; bu yetkinin yeni bir hukuk kuralı koymak anlamına gelmediğinden kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmediği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre "aynı nitelikteki olaylara başka başka hükümlerin ya da aynı hükmün başka başka biçimlerde uygulanması, doğrudan doğruya adalet duygusunu incitici ve yurttaşların Devlete karşı güvenini azaltıcı ve yerine göre temelden sarsıcı bir etki doğurmaktadır. İşte sosyal bakımdan çok ağır olan bu sakıncayı önlemek üzere Anayasa, Yargıtay'a, adli yargı alanında hukuk uygulamalarında birliği sağlamak görevini dahi vermiştir. Bu görevin gereği olarak verilen bağlayıcı nitelikteki yorum kararının da mahkemelere gönderilen bir genelgele olarak nitelemesi mümkün değildir".

1. İçtihatların Birleştirilmesi Talebinde Bulunulması ve Usulü

Değerlendirme konusu içtihadı birleştirme kararının alınması ile sonuçlanan talebin kimler tarafından yapılabileceği olasılıklarını ortaya koymak için 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 40. maddesine bakmak gerekir. Maddeye göre; içtihatların birleştirilmesini veya birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesini; Danıştay Başkanı, konu ile ilgili daireler, idari ve vergi dava daireleri kurulları veya Başsavcı isteyebilir (madde 40/1). Ayrıca aykırı kararlarla ilgili kişilerin de içtihatların birleştirilmesi için Danıştay Başkanlığına başvurabileceği hükümüne yer verilmiştir (madde 40/2).

Bu düzenlemenin lafzı; aykırı kararlarla ilgili kişilerin sadece içtihatların birleştirilmesi talebinde bulunabileceği 1. fıkrada sayılanlar gibi birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi talebinde ise bulunamayacakları şeklinde bir yoruma sebebiyet verebilir. Ancak böyle bir yorum yapmak, içtihadı birleştirme kararlarına yapılan eleştirilerden bu kurumun içtihatların geliştirilmesini engelleyici nitelikte olduğu eleştirisini haklı çıkaracaktır. Zira mevcut içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesini talep etme hakkının ilgililere tanınmaması bu kurumun işlerliğini belli ölçüde sınırlayacaktır. Bu sınırlama ayrıca, adil yargılanma hakkının bir gereği olan mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak da ele alınabilir. Anayasa Mahkemesi mahkemeye erişim hakkını; bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek olarak ele almakta, kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren sınırlamaları, mahkemeye erişim hakkını ihlal olarak kabul etmektedir.¹² Bu çerçevede içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesinin ilgililerce istenememesi, ilgilinin uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteme imkânından yoksun bırakılması olarak nitelendirilebilir.

Değerlendirme konusu içtihadı birleştirme kararı, mevcut bir içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi yoluyla alınmadığından aykırı kararlarla ilgili kişilerin de bu talepte bulunup bulunamayacakları tartışmalarını yapmanın somut anlamda bir önemi bulunmamaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki aykırı kararlarla ilgili kişilerin talepleri Danıştay Başkanına başvuru şeklinde gerçekleştiğinden dolayı bir taleptir. Danıştay Başkanı, talep İBK'nın önüne gelmeden yapacağı ön değerlendirme ile içtihadı birleştirme kararı verilebilmesi için gerekli şartların oluşup oluşmadığını incelemektedir. Bu değerlendirmenin kapsamı ilgililer kanalıyla bu kurumun işletilmesinin etkin olup olmamasında belirleyici olacaktır. Asıl karar mercii İBK

¹² AYM, 2. Bölüm, Özkan Şen Kararı, 07.11.2013, Başvuru No: 2012/791, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/791?BasvuruNoYil=2012&BasvuruNoSayi=791>, (Erişim Tarihi: 06.12.2019).

olduğundan, Danıştay Başkanı, usul bakımından ciddi eksiklikler nedeniyle içtihatların birleştirilmesi kararı verilmesinin şartlarının oluşmadığı haller dışında; başvurunun İBK'ya intikalini sağlamalıdır. İlk kez karşılaşılan ya da tartışmalı olan konularda, Danıştay Başkanınca başvurunun Kurulda görüşülmesinin sağlanması yerinde olacaktır.¹³

2. Danıştay Kanunu'nda Sayılanlar Dışında Talepte Bulunabilecekler: Bölge İdare Mahkemeleri ile İdare ve Vergi Mahkemeleri

Danıştay Kanunu'nda sayılmamakla birlikte, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri de içtihadı birleştirilmesi talebinde bulunabilirler.

Danıştay'ın iş yükünü azaltmak için istinaf sistemine geçilmesi ile istinaf mercilerinin kararları arasındaki uyumsuzluk ve aykırılıklar da içtihadı birleştirme kararlarının konusunu oluşturmaya başlamıştır. Benzer olaylarda, bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk bulunması hâlinde bu aykırılık ya da uyumsuzluğun giderilmesi Danıştay Başkanlığından istenecektir.¹⁴ Danıştay Başkanlığı bu talebi içtihadın birleştirilmesi talebi olarak ele alarak karara bağlamakta idi.¹⁵ Bu konuda yapılan çok yeni bir yasal değişiklikle talebi karara bağlayacak merci ve karara bağlama süresi konusunda farklı bir usul benimsenmiştir.¹⁶

İstinaf sistemine geçilmeden önce bölge idare mahkemelerinin kendi kararları ya da diğer bölge idare mahkemeleri ile aynı konuya ilişkin verdikleri kararlardaki aykırılıklar söz konusu olduğunda, içtihatların birleştirilmesi yoluyla bu aykırılıklar giderilmesine ilişkin düzenlemeye yer verilmemişti. Böyle bir düzenlemenin yokluğunda içtihat aykırılıkları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturuyordu. Nitekim bölge idare mahkemeleri kararları bakımından kararlardaki ay-

¹³ Serkan Kızılyel, Danıştay İchtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine, *TBB Dergisi*, 2015, Sayı: 119, s.137.

¹⁴ 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un "Bölge İdare Mahkemesi Başkanlar Kurulu" başlıklı 3/C maddesinin başkanlar kurulunun görevlerini düzenleyen 4. fıkrasının c bendinde şu şekilde düzenlenmiştir: "Benzer olaylarda, bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk bulunması hâlinde; resen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyumsuzluğun giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, istemin uygun görülmesi hâlinde kendi görüşlerini de ekleyerek Danıştay Başkanlığına iletmek."

¹⁵ Nitekim 12.12.2018 tarih ve 2018/1 E., 2018/4 K. sayılı İchtihadı Birleştirme Kararı, ilgilinin isteminin Ankara Bölge İdare Mahkemesi Başkanlar Kurulunca uygun görülmesi üzerine yapılan başvuru neticesinde alınmış bir karardır.

¹⁶ 17.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, madde 7, R.G., 24.10.2019, Sayı: 30928.

kırlıkların giderilmemesi ve bölge idare mahkemelerinin itiraz üzerine verdikleri kararlara karşı idare ve vergi mahkemelerinin ısrar kararı verememeleri vaktiyle sorun olarak gündeme getirilmiştir.¹⁷

Yukarıda belirtilen değişiklikten sonra benzer olaylarda, bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi talepleri konusunda göre İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurulunca üç ay içinde kesin bir şekilde giderilecektir. Kanunun genel gerekçesinde¹⁸ bu düzenleme ile “... aynı veya farklı bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasındaki aykırılık veya uyuşmazlıkları giderme görevi, Danıştayın ilgili dava daireleri kurullarına verilerek bu yolun daha etkin bir şekilde işletilmesi sağlan(maktadır)”acağı belirtilmiştir.

Madde gerekçesinde¹⁹ ise içtihadı birleştirme kararı verilmesi yoluyla aykırılık ve uyuşmazlıkların giderilmesinde yaşanan aksaklıklar şu şekilde ifade edilmiştir; “... Aynı veya farklı bölge idare mahkemesi dairelerince benzer olaylarda verilen kesin nitelikteki kararlar arasındaki aykırılık veya uyuşmazlıkları giderme görevi, hâlihazırda Danıştay İçtihatları Birleştirme Kuruluna verilmiştir. Bu Kurul, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 18’inci maddesi uyarınca Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri, dava daireleri başkanları ve üyelerinden oluşmaktadır. Kurul, geniş katımlı yapısı sebebiyle sık toplanamamakta ve toplandığı zamanlarda Danıştayın diğer kurulları ve dava daireleri çalışmamaktadır. Ayrıca, Kurulun karar vermesi için Kanunda herhangi bir süre de öngörülmemiştir. Belirtilen nedenlerle söz konusu uyuşmazlıkların çözümlenmesi, beklenen süratle gerçekleşmemekte ve Danıştayın diğer kurulları ile dava dairelerinin işleyişinde aksaklıklar ortaya çıkmaktadır. Maddeyle, aynı veya farklı bölge idare mahkemesi dairelerince benzer olaylarda verilen kesin nitelikteki kararlar arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin gerekçeli istemlerin, uyuşmazlığın konusuna göre Danıştay idari veya vergi dava daireleri kurullarınca üç ay içinde karara bağlanacağı hüküm altına alınmaktadır. Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin olarak verilen kararlar kesin nitelikte olacaktır.”

Düzenlemede aykırılığın giderilmesi talebinin süreye bağlanması olumlu bir düzenleme olarak karşılanmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki bu düzenleme kapsamında verilen karar içtihadı birleştirme kararı değildir. Bölge idare mahkemeleri bakımından farklı bir hukuki mekanizma ile aykırılıkların giderilmesi

¹⁷ Ertan Aliefendioğlu, İdari Yargıda İki Sorun, *Danıştay Dergisi*, 2006, Sayı: 113, s.1.

¹⁸ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss105.pdf>, Erişim Tarihi: 31.10.2019.

¹⁹ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss105.pdf>, Erişim Tarihi: 31.10.2019.

mümkün kılınmıştır. Ancak verilecek kararların görülmekte olan uyuşmazlıklar bakımından bağlayıcılığı konusunda düzenleme yapılmadığı gibi, kararın alınmasına neden olan kesinleşmiş aykırı kararlara etkisi konusunda da kanun koyucu sessiz kalmıştır. Bu bakımdan düzenleme, bölge idare mahkemelerinin bu kararları dikkate almaları nispetinde etkili olacaktır. Bölge idare mahkemelerinin bu kararlar doğrultusunda karar vermemeleri halinde ise; bölge idare mahkemesi kararı ile dava daireleri kurulu kararı arasındaki aykırılığın Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunca bağlayıcı nitelikte olan içtihadı birleştirme kararı alınmak suretiyle giderilmesi gerekir. Kanımızca yapılan bu değişikliği, bölge idare mahkemelerince artık Danıştay İçtihadı Birleştirme Kuruluna başvurulamayacağı şeklinde yorumlamamak gerekir. Benzer konularda istinaf aşamasında kesinleşen kararlar bakımından, Danıştay ile bölge idare mahkemeleri arasında ortaya çıkacak içtihat aykırılıklarında, bölge idare mahkemeleri de Danıştay'a içtihatların birleştirilmesi talebinde bulunabilmelidir.

Nitekim ilk derece yargı yerleri olan idare ve vergi mahkemelerine içtihatların birleştirilmesini talep etme yetkisi tanınmadığı halde, Ankara 5. İdare Mahkemesi, aykırı içtihatların birleştirilmesi talebinde bulunmuş ve bu talep incelenmiştir.²⁰

Aslında bir Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği üzere “birbiriyle çelişen kararlar, belirli bir yargı kolundaki tek yüksek mahkemenin farklı daireleri tarafından ya da yine aynı yargı kolu içinde fakat son derece mahkemesi sıfatını haiz, nihai hüküm veren çeşitli mahkemeler tarafından verilebilir.”²¹ Anayasa Mahkemesine içtihat aykırılıkları nedeniyle yapılan başvurular ve bu başvurular sonucu verilen mahkûmiyet kararları düşünüldüğünde bunların önüne geçmek için idare ve vergi mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar bakımından ya da hatta görülmekte olan davalar bakımından mahkemelere ve kararlarla ilgili kişilere içtihadın birleştirilmesini talep etme yetki/hakkının tanınması içtihadın birleştirilmesi kararlarından beklenen eşitlik, hukuki kesinlik gibi yararların gerçekleşmesini mümkün kılacaktır.

²⁰ İçtihadın birleştirilmesi talebinde bulunan Ankara 5. İdare Mahkemesi, 19.1.2001 tarih ve Esas No: 2000/1484, Karar No: 2001/36 sayılı kararında; 2575 sayılı Danıştay Kanununun 39 ve 40. maddeleri kapsamında, “... iki dava dairesinin aynı konuda verdikleri farklı iki kesin karar nedeniyle mahkemelerince bu haliyle incelenme olanağı bulunmayan dava konusu uyuşmazlığın çözümünde görevli yargı yerinin belirlenmesi için içtihadın birleştirilmesine gerek olduğu sonucuna varıldığı...” gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine ve dosyanın farklı içtihatların birleştirilmesi için Danıştay'a gönderilmesine karar vermiştir. İBK; idare mahkemesince içtihadın birleştirilmesi talebinde bulunulamayacağı gerekçesiyle değil “kararlar arasındaki ayrılığın maddi olgulara ilişkin nitelendirme farkından kaynaklandığı” gerekçesiyle içtihadın birleştirilmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Söz konusu karar için bkz. DİBK, 14.11.2002, Esas No: 2002/1, Karar No: 2002/4, kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 24.09.2019).

²¹ AYM, 08.11.2017, Başvuru No: 2015/19816, Engin Selek, paragraf 56, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2015-19816.pdf>, (Erişim Tarihi: 24.09.2019).

Özellikle içtihadı birleştirme kararlarının ileriye etkili olduğu görüşünün hâkim olması nedeniyle içtihadı birleştirme kararlarının işlevini yerine getirip getiremediği ya da işlevini yerine getirebilmesi için kullanılacak hukuki mekanizmaların da tartışılması gerekmektedir.

B. Süre Bakımından İçtihadı Birleştirme Kararları

İçtihadı birleştirme kararları söz konusu olduğunda süre; talep süresi, talebin incelenme ve karara bağlanma süresi ile kararın uygulanma süresi olarak ele alınabilir.

1. Başvuru ve Başvurunun İncelenme Süresi

Aykırı içtihatların birleştirilmesi talebinde bulunmak için pozitif hukukta öngörülmuş bir süre yoktur. Aykırılık devam ettiği sürece içtihatların birleştirilmesi talebinde bulunulabilir. Uzun süre önce verilmiş kararlar için de talepte bulunulması mümkündür.²² İçtihatları Birleştirme Kurulu ve kararlarına yönelik Danıştay Kanunu'nun ilgili maddelerinde içtihadı birleştirme kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanma süresi dışında süreye ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı şekilde 2576 sayılı Kanun'da da bölge idare mahkemelerince yapılacak talepler bakımından herhangi bir süre koşulu öngörülmemiştir.

İçtihadı birleştirme taleplerinin incelenerek karara bağlanmasına ilişkin ise belirtildiği üzere kanun koyucu yerinde bir düzenleme ile aynı veya farklı bölge idare mahkemesi dairelerince benzer olaylarda verilen kesin nitelikteki kararlar arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin istemlerin, uyuşmazlığın konusuna göre Danıştay idari veya vergi dava daireleri kurullarınca üç ay içinde karara bağlanacağını hüküm altına almıştır (2576 sayılı Kanun, madde 3/C fıkra 4/c).

2577 sayılı Kanun'da dosyaların incelenme ve karara bağlanma süresi düzenlenmekle birlikte içtihatları birleştirme taleplerinin hangi süre içinde karara bağlanacağı hususunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir.²³ Çalışmamızın konusunu teşkil eden karara bakıldığında 2013 esas numarası ile kayıtlı karar 2018 yılının son ayında karara bağlanmış, 25 Temmuz 2019 günü Resmi Gazete'de

²² Kızılyel, a.g.m., s.137.

²³ 2577 sayılı Kanun'un "Dosyaların İncelenmesi" başlıklı 20. maddesinin 5. fıkrasında; dosyaların, bu Kanun ve diğer kanunlarda belirtilen öncelik veya ivedilik durumları ile öncelikli işler gözönünde bulundurulmak suretiyle geliş tarihlerine göre incelenip ve tekemmül ettikleri sıra dahilinde bir karara bağlanacağı düzenlendikten sonra, öncelikli işler dışındaki dosyaların ise tekemmül ettikleri sıraya göre ve tekemmül tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılacağı düzenlenmiştir. Uygulamada ağır iş yükü nedeniyle belirtilen sürede dosyaların karara bağlandığını söylemek güç olsa da Danıştay dairelerine giden dosya sayısı dikkate alınarak bu sürede davaların sonuçlandırılmamasının sebebini idari yargının ağır işleminde değil idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden dolayı artan dava sayılarında aramak gerekir. Turan Yıldırım, *İdari Yargı*, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2010, s.505; İçtihatları Birleştirme Kurulu ve kararlarına yönelik 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 18, 39 ve 40. maddelerinde de içtihadı birleştirme kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanma süresi dışında süreye ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

yayımlanmıştır. Aynı gün Resmi Gazete’de yayımlanan bir diğer karar 2013 yılında Kurula intikal etmiş ancak 2019 yılında karara bağlanabilmiştir.²⁴

Belirtmek gerekir ki içtihadı birleştirme taleplerinin bu sürelerde karara bağlanması bu kurumdan beklenen yararı sağlamayacaktır. Zira içtihadı birleştirme talebine konu olan kararlar Danıştay 5. Dairesi ile Danıştay 12. Dairesinin aynı konuda verdiği iki karar olmakla birlikte Danıştay Başsavcısının düşüncesinde belirttiği üzere, içtihadı birleştirme kararı verilmeye kadarki dönemde dairelerce birçok karar verilmiş hatta 5. Dairenin kararları doğrultusunda içtihat birleştiğinden, usul yönünden içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığı yönünde Danıştay Başsavcısı görüş bildirmiştir. Yine karşı oylardan birisinin gerekçesi içtihadın doğal seyrinde gelişmesi nedeniyle içtihadın birleştirilmesine gerek olmadığı şeklindedir.

Aslında Kurul da 2016 yılında işbölümünün belirlendiği ve bu belirlemenin neticesinde temyiz mercii olarak belirlenen 2. Daire kararlarında döner sermaye ek ödemelerinin fiili çalışmaya bağlı olmaksızın ödenmesi gerektiği yolunda içtihadın istikrar kazandığı ve bundan sonrası için içtihat aykırılığı doğmayacağı sonucuna varmıştır. Kurulun talebi karara bağlama konusundaki hareketsizliği neticesinde aslında içtihat istikrar kazanmıştır. Ancak Kurul yine de esasın incelenmesi ve nihayetinde içtihatların birleştirilmesine karar vermiştir. Kurulun esasa geçilmesi konusundaki gerekçeleri; uyuşmazlığın geniş bir çevreyi ilgilendirmesi, kurul ve dairelerce verilen kararların bir kısmının çoğunlukla alınması ve değişme ihtimalinin bulunmasıdır.²⁵ Bu gerekçelerle Kurul, “konunun bağlayıcı bir çözüme kavuşturulması ve geleceğe dönük hukuki istikrarın sağlanması gerektiği görüşü”nü benimseyerek esasın görüşülmesine karar vermiştir.

²⁴ DİBK, 08.02.2019, 2013/3 E., 2019/1 K., R.G., 25.07.2019, Sayı: 30842. Aynı gün yayımlanan bir başka karar ise aynı yıl içinde karara bağlanmıştır. Söz konusu karar için bkz. DİBK, 12.12.2018, Esas No: 2018/1, Karar No: 2018/4. Karara bağlanması uzun yıllar alan bir başka karar örneği için bkz. DİBK, 11.12.2018, Esas No: 2013/1, Karar No: 2018/1, R.G., 20.06.2019, Sayı: 30807.

²⁵ Aslında içtihadı birleştirme kararı verilebilmesi için verilecek kararın “geniş bir çevreyi ilgilendirmesi” koşulu bulunmamaktadır. İchtihadı birleştirme kararı verilebilmesi için aynı konuya ilişkin en az iki karar arasında aykırılık ya da uyuşmazlık olması yeterlidir. Bunun dışında Kurulun içtihadı birleştirme kararı vermesinde lüzum görmesi de gerekir. Kendisi de bir Danıştay üyesi olan Aydın H. Tuncay içtihadı birleştirilmesi kararı verilebilmesi için aranan “lüzum” şartı içinde kararın genişçe bir çevreyi ilgilendirmesi şartına da yer vermiştir. Bkz. Aydın H. Tuncay, *İdare Hukuku ve İdarî Yargının Bazı Sorunları*, Danıştay Yayınları No: 14, Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1972, s.257; Söz konusu şartın aranmasının eleştirisi için bkz. Duran, a.g.m., s. 429; Kanunun yürürlükten kaldırılması, değiştirilmesi ya da Anayasa Mahkemesince iptali, sonradan çıkan kanunun uyuşmazlığı çözmesi, görevli daire ya da kurulun içtihadının istikrar kazanması ya da idari uygulamanın istikrar kazanması halinde Danıştay içtihadı birleştirme kararı verilmesini gerekli bulmamaktadır. Oysa ki belirtilen bu hususların tamamı tartışmaya açıktır. Söz konusu haller ve eleştirisi için bkz. Duran, a.g.m., s.423-435; Karar verilmesine lüzum olmayan hallerin normun uygulanabilir olmaktan çıkması, içtihatların doğal seyrinde birleşmesi, kararı veren dairenin görevsiz hale gelmesi Uyuşmazlık Mahkemesinin görev alanına giren uyuşmazlıklar olarak belirleyen çalışma için bkz. Kızılyel, a.g.m., s.128-134.

Gerekçede dikkat çeken kararların değişme olasılıklarından bahsetmek gerekir. Kararların oy çokluğu ile alınmış olması farklı kararlar verme olasılığını artırmaktadır. Özellikle 2011 yılında 6110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle Danıştay dairelerinin alt heyetler halinde çalışma olanağı ve olasılığı sonrası aynı dairenin kararları arasında içtihat farklılıkları daha çok gündeme gelebilir.²⁶ Yine Danıştay dairelerinin görevlerini belirleme yetkisinin kanun koyucudan alınarak Danıştay Başkanlar Kuruluna verilmesi de uyumsuzluğu çözümlen yeni ve eski daireler arasında içtihat farklılığının oluşmasına ilişkin potansiyel bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁷

²⁶ Böyle bir olasılık yokken de çok yeni bir bireysel başvuruya konu olayda görüldüğü üzere, aynı Dairenin aynı uyumsuzluğa ilişkin temyiz kararları arasında esas bakımından birbirine aykırılık bulunabilmektedir. Uyuşmazlık terör örgütüne döşenen mayının patlaması sonucu sol bacağını diz altından kaybeden sıtma işçisinin açtığı davada maddi tazminat talebini reddeden idare mahkemesi kararını maddi tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle bozan Danıştay 10. Dairesinin kararına uyan idare mahkemesi kararının, uyma kararının temyiz edilmesi sonrası bu kez aynı daire, maddi tazminata hükmedilmemesi gerektiği gerekçesiyle bozmuştur. İdari yargıda kesinleşen karara karşı mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle uyumsuzluğun yeniden yargılanmak üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir. Bireysel başvuruda makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası yer almamakla birlikte, yargılamanın uzunluğu da kararda dikkati çeken bir başka husustur. Dava tarihi kararda yer almamaktadır. İlk derece mahkemesinin 2001 yılında verdiği karar 2015 yılında kesinleşmiş, 2015 yılında yapılan bireysel başvuru ise 12.09.2019 günü Anayasa Mahkemesince karara bağlanmıştır. Söz konusu karar için bkz. AYM, 12.09.2019, Başvuru No: 2015/9815, Behçet Taş, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/10/20191003-6.pdf>, (Erişim Tarihi: 02.10.2019).

²⁷ Kanunun genel gerekçesinin ilgili bölümleri şu şekildedir; "Yargıtay ve Danıştay Başkanları da uzun yıllardan bu yana adli yıl açılış konuşmalarında iş yoğunluğunu gündeme getirmekte ve bu kadar yoğun iş yükü altında çalışılması sebebiyle hata yapmanın kaçınılmaz bir hal aldığını ifade etmektedirler. Yüksek mahkemelerin yapacağı hataların, toplumda adalete olan güveni zaafa uğratacağı ise şüphesizdir

... Yargıtayda daireler bu aşırı iş yükünün altından kalkabilmek için, yasal alt yapısı bulunmamasına ve kanuna uygun olmamasına rağmen, çoğu zaman iki hatta üç heyet halinde çalışmaktadır. Bu durum, Yargıtay başkanları ve üyeleri tarafından basına da yansıtılmaktadır. Bu şekilde çalışmanın bir sonucu olarak, daire başkanı ve üyeler bir kısım dosyaların müzakeresine hiç katılmadan kararları imzalamaktadır

... Yine Tasarıyla, yukarıda belirtilen ihtiyaçları karşılamak üzere, Danıştayda iki idarî dava dairesi kurulmakta ve toplamda 13 olan Danıştay daire sayısı 15'e çıkarılmaktadır. Buna bağlı olarak yine yukarıda belirtilen gerekçelerle, Danıştay Kanununa 61 yeni üye kadrosu ilave edilmiştir. Bu şekilde, yeterince üyeye sahip olan dairelerin işlerin bir an önce bitirilmesi için iki heyetle çalışmalarına imkân tanınmaktadır. Diğer taraftan, dosya sayısı 6.000 dolayında olan ancak dairelerdeki üye sayısının yetersizliği sebebiyle haftada sadece bir gün çalışan Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu üye kadrosunun artırılmasının sonucunda daha sık aralıklarla toplanabilecektir.

... Tasarıyla, sistem sadeleştirilerek, dairelerin görevlerinin kanunlarda ayrıntılı şekilde düzenlenmesi yerine, bu görevleri belirleme yetkisi, uyulacak ilkeler kanunda belirtilmek suretiyle, Danıştayda Genel Kurula, Yargıtayda ise Büyük Genel Kurula verilmektedir.

Hazırlanan Tasarıyla, yüksek yargı organlarının önünde bekleyen dosyaların bir an önce bitirilmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde "makul süre" aşıldığı gerekçesiyle ülkemizin mahkûm olmasının önüne geçilmesi ve toplumda kaybolmakta olan yargıya güvenin yeniden sağlanması suretiyle, adalet duygusunun temini ve toplumsal huzurun sağlanması amaçlanmaktadır."

2. İctihadı Birleştirme Kararlarının Zaman Bakımından Uygulanması

İctihatların birleştirilmesi veya birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi kararları Resmi Gazete’de yayımlanır. Danıştay daire ve kurulları ile idari yargı yerleri ve idarenin uymak zorunda olduğu bu kararların hangi andan itibaren bağlayıcılık kazanacağı sorusunun da yanıtlanması gerekir.

İctihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığı hakkında Danıştay ile diğer idari yargı yerleri ve idare açısından bir ayırım yapılabilir. İctihadı Birleştirme Kurulu: Danıştay Başkanı, başkanvekilleri, Başsavcı ile dava dairelerinin başkan ve üyelerinin katılımı ile kurulduğundan içtihadı birleştirme kararları alındıkları tarihte Danıştay için bağlayıcıdır.²⁸ Bunun dışındaki Danıştay idari dairesi, diğer idari yargı yerleri ve idare, Danıştay dava daireleri gibi kararın alındığından haberdar değildir. Ancak içtihadı birleştirme kararları için Resmi Gazete’de yayım şartının da yürürlük şartı olduğunu söylemek mümkün değildir. Özellikle idare bakımından haberdar olmadığı içtihadı birleştirme kararı doğrultusunda işlem yapması beklenemez. Ancak işleme karşı yapılan idari başvuru sürecinde ya da sonrasında dava açılması halinde, içtihadı birleştirme kararı doğrultusunda yeni bir işlem yapılması ya da hüküm verilmesi gerekir. Bir Danıştay kararında ifade edildiği gibi; “*Resmi Gazete’de yayımlanacağı öngörülmüş olması bu kararların herkesçe bilinmesi içindir. Bu yayımlı içtihatları birleştirme kurulu kararında yer alan görüş ve sonuca yürürlük kazandırmak amaç ve anlamı vermek mümkün olmadığından, kanunun yürürlükte bulunduğu ancak, henüz içtihatları birleştirme kararlarının verilip yayınlanmadığı dönemlerle ilgili olarak idarece tesis edilmiş işlemler hakkında açılan davalarda bağlayıcı niteliği bulunmadığı, karar tesisinde gözönünde bulundurulmayacağı anlamına gelmez.*”²⁹ Buna karşın içtihadı birleştirme kararının alınmasından önce tesis edilen işlemlerin, salt içtihadı birleştirme kararı karşısında hukuka aykırı olduğundan bahisle, idarenin kusurlu sorumluluğunun ileri sürülmesinin mümkün olmaması gerekir.

Mahkemeler, görülmekte olan davaları içtihadı birleştirme kararı değiştirilinceye kadar, mevcut içtihadı birleştirme kararlarına göre karara bağlamalıdır. Çünkü Danıştay içtihadı birleştirme kararı ile ilkesel nitelikte görüşünü ortaya koyduğundan, bu kararın aksi yönde verilen kararlar bozulacaktır. İctihadı birleştirme kararlarının gücü de bu durumdan ileri gelmektedir.³⁰ Ancak belirtilme-

²⁸ A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku*, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s.77.

²⁹ Dan. 4. Daire, 29.01.1991, Esas No: 1990/561, Karar No: 1991/341, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 05.10.2019)

³⁰ Onar, a.g.e., s. 410.

lidir ki mahkemeler, haklı gerekçelere dayanarak mevcut içtihadı birleştirme kararlarının aksi yönde kararlar vermek suretiyle içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesine de vesile olabilirler.

İçtihadı birleştirme kararı yargılamanın her aşamasında esas alınır. Bu çerçevede bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesince uyma kararı verildiğinde, usuli müktesep hak doğmuş olsa bile, yapılacak incelemede içtihadı birleştirme kararı esas alınmak suretiyle karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir.³¹ Medeni usul hukuku bakımından yapılan bu değerlendirme uyuşmazlıkların önemli bir kısmının objektif nitelikte olduğu idari yargılama hukukunda da geçerlidir.

Ancak aksi yönde görüş ve içtihatlar da mevcuttur. Bir içtihadı birleştirme kararında Danıştay, içtihadı birleştirme kararlarının geriye yürümeyeceği kuralını, hukukun temel ilkelerinden biri olarak ele aldıktan başka, idarenin içtihadı birleştirme kararından önce bu karara aykırı olarak tesis ettiği bir idari işlemi geri alarak düzeltmesi için zorlanamayacağına hükmetmiştir.³² Yargılamanın karar düzeltme aşamasında, içtihadı birleştirme kararlarının uygulanmasını, geriye yürümeme kuralının ihlali olarak yorumlayan görüşler de mevcuttur.³³ Yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararında ileri sürülen anayasaya aykırılık iddialarından biri de yine içtihadı birleştirme kararlarının “çıktığı tarihten çok önce geçmiş olan olaylara dahi herhalde uygulan(ır)”ması yani geçmişe etkili olması olarak sunulmuştur.³⁴ Oysa ki içtihadı birleştirme kararları kural koyan işlemlerden değildir. Kuralın nasıl yorumlanması gerektiğini ortaya koyduğundan, geriye yürüme yasağı kapsamında ele alınmamalıdır. İçtihadı birleştirme kararlarını ceza hukuku bakımından değerlendiren bir çalışmada, bu kararların kanunlar gibi lehe olması halinde geçmişe uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmış ve pozitif hukuk mantığının geçerli olduğu Türk Hukuku bakımından, bu kararların geçmişe yürütülebilmesi için yasal değişiklik yapılması önerilmiştir.³⁵

İçtihadı birleştirme kararlarının geçmişe yürütülmemesi, özellikle içtihadı birleştirme talebinin aykırı kararlarla ilgili kişiler tarafından yapılması halinde hakkaniyete uygun olmayan durumlara sebebiyet vermektedir. Mevzuatta, aykırı-

³¹ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medenî Usul Hukuku*, 15. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s.781.

³² DİBK, 10.06.1993, Esas No: 1992/1, Karar No: 1993/2, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 09.12.2019).

³³ Tuncay, a.g.m., s.261-262.

³⁴ AYM, Esas No: 1968/38, Karar No: 1969/34 sayılı kararı.

³⁵ Fırat Gedik/Emel Koç, Hüküm Kurma ve İçtihat, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 67, Sayı: 2, 2009, s.162.

rı kararlarla ilgili kişilerin içtihadın birleştirilmesinden ne şekilde yararlanacağına ilişkin düzenleme olmaması sebebiyle lehine karar verilen ilgililer, kararlar kesinleştiği için içtihadı birleştirme kararlarının sonuçlarından yararlanamamaktadır.³⁶ Adalet ve hakkaniyet böylece hukuki kesinlik ve hukuki istikrara feda edilmektedir. Oysa ki adaletin sağlanmadığı durumlarda istikrarlı bir düzenin gerçekleşmesi de mümkün görünmemektedir.

İdare hukuku bakımından içtihadı birleştirme kararlarının geriye yürütülmesi konusunda iptal davası önem arz etmektedir. Şöyle ki; iptal davasının reddi halinde üçüncü kişiler, davanın ön koşullar bakımından reddedilerek kesinleşen davalarda davacı, kural olarak yeniden iptal davası açabilir.^{37,38} Zira davanın reddi kararının kesinleşmesi bu kararın yargısal açıdan kesinleşmesi anlamına gelmemektedir.³⁹ Reddedilerek kesinleşen dava sonrasında verilen içtihadı birleştirme kararlarının, sonradan açılacak iptal davasında uygulanabilmesi gerekir. Esastan iptal davasının reddedilmesi halinde ise pratikte pek mümkün olmasa da hukuki açıdan başka nedenlere dayanılarak davacı tarafından yeniden dava edilebileceği kabul edilmekte⁴⁰ esastan reddedilmiş bir davaya karşı üçüncü kişilerin aynı nedene dayanarak dava açmalarının içtihat değişikliği gibi olağanüstü bir koşula bağlı olduğu ileri sürülmektedir. Buradan hareketle uyulması zorunlu içtihadı birleştirme kararlarının olağanüstü bir neden olarak hatta farklı bir neden olarak ileri sürülerek üçüncü kişilerce dava edilmesi kanaatimizce mümkündür. Böyle bir çözüm açtığı dava içtihadı birleştirme kararının aksi yöndeki kararla reddedilen davacı bakımından da mümkün kabul etmek hakkaniyete uygun olacaktır. Özellikle kendisi içtihadı birleştirme talebinde bulunduğu halde sonradan lehinde çıkarılan içtihadı birleştirme kararından yararlanmayan davacı bakımından bu çözümün hakkaniyete uygunluğu tartışmasızdır. Böyle bir çözümün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ve bu kararlar doğrultusunda bireysel başvuruları karara bağlayan Anayasa Mahkemesi tarafından aranan içtihat aykırılıklarını giderecek mekanizmalara yer verilmesi ve bu mekanizmalara işlerlik kazandırılması koşullarını karşılayacağı söylenebilecektir.

³⁶ Yıldırım, a.g.e., s.176.

³⁷ Gözübüyük/Tan, a.g.e., 2017, s.572; Ramazan Çağlayan, İdari Yargıda Kesin Hüküm, *AÜEHFD*, Cilt III, Sayı: 1, s.126-137.

³⁸ Dan. 8. Daire, 08.10.2015, Esas No: 2014/11377, Karar No: 2015/8278, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 20.10.2019).

³⁹ M. Ayhan Tekinsoy, Danıştay'ın Temyiz İncelemesi Üzerine Verdiği Kararların Uygulanması, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208316> (Erişim Tarihi: 24.09.2019).

⁴⁰ Auby/Drago, *Contentieux Administratif*, Cilt III, s.100 nakleden Gözübüyük/Tan, a.g.e., 2017, s.572.

İçtihat farklılıkları nedeniyle hak ihlalleri bireysel başvurulara da konu olmaktadır. Anayasa Mahkemesi içtihat farklılığını kimi zaman adil yargılanma hakkının ihlali kimi zaman da mülkiyet hakkının ihlali şeklinde yorumlamaktadır. Anayasa Mahkemesi Türkan Bal kararında⁴¹ başvuruçunun iddialarını “Yargıtay dairelerinin birbirinden farklı kararlar vermesine ilişkindir ve yargılanmanın adil olmadığı iddiası kapsamında” nitelendirmiştir.

“... Yüksek mahkemelerin oynaması gereken rol tam da yargı kararlarında doğabilecek içtihat farklılıklarına bir çözüm getirmektir...”

Benzer olaylar çerçevesinde verilen mahkeme kararlarında görülebilecek tutarsızlıklar, hukuki belirsizlik oluşturmaları nedeniyle, Anayasa Mahkemesinin yapacağı incelemede dikkate alınacaktır.

Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtmaları yönüyle olumludur. Ancak, uygulamadaki birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmaları, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkartır. Bu ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşecektir. Ayrıca, böyle bir algının toplumda yerleşmesi halinde, bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güven zarar görebilir.

Yargıtay dairelerinin farklı bir değerlendirme yapması, her ne kadar takdir yetkisi kapsamında kabul edilebilirse de mevcut başvurunun koşullarında öngörülebilir değildir ve gerekçelendirmeye ihtiyaç duymaktadır...”

Anayasa Mahkemesi bu nedenlerle, başvuruçunun davasının ne şekilde sonuçlanması gerektiğine dair herhangi bir çıkarım yapmamakla birlikte, nihai yargılama makamını oluşturan Yargıtay daireleri arasındaki yorum farklılıklarının, benzer nitelikteki davaların karara bağlanması sürecinde hukuki belirsizliğe yol açtığını ve başvuruçuyu için öngörülemez olduğunu değerlendirmektedir.

Anayasa Mahkemesi farklı kararlar verilmesi halinde çözüm sunabilecek yapısal bir mekanizmanın varlığı ve ne şekilde işletildiğini de incelemektedir.

“Yargıtay dairesinin kararının kesin olması nedeniyle, ilk derece mahkemesinin direnmesi yoluyla, uyuşmazlığın Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne getirilmesi ve böylelikle Yargıtay Dairelerinin birbiriyle çelişen yorumlarını birleştirecek bir karar verilmesi ihtimali bulunmamaktadır.

⁴¹ AYM Genel Kurul, 06.01.2015, Başvuru No: 2013/6932, R.G., 09.05.2015, Sayı: 29350.

Yargıtay dairelerinin ilamlarında yeterli gerekçeyle desteklenmeyen farklılıkların bulunmasının, başvurunun açtığı davanın görülmesi bakımından hukuki belirsizliğe neden olduğu ve başvurucu açısından öngörülemez bulunduğu sonucuna varılmıştır. Bu kapsamda, başvurunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir...”

Farklı yargı kolları arasındaki içtihat aykırılıkları konusunda ise farklı yargı kolları arasında içtihat farklılığını ortadan kaldıracak mekanizma kurulmasının sağlanması adil yargılanma hakkı çerçevesinde sağlanan güvencelerden biri olarak değerlendirilmemiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu yorumunu yüksek mahkemeler arasında hiyerarşi olmamasına ve Anayasa'da benimsenen yargı ayrılığı ilkesine bağlamakta aksi bir yorumun Anayasa ile çelişme riskini barındırdığına işaret etmektedir. Anayasa Mahkemesine göre;

“... içtihat farklılığının açıkça keyfilik oluşturan bir durumdan kaynaklandığı saptanmadığı sürece bu durum makul kabul edilebilir ve adil yargılanma hakkının ihlaline yol açmaz. İlke bu şekilde olmakla birlikte, yüksek mahkemeler nezdinde farklı uygulamaların gelişmesinin toplumun yargıya güvenini azaltabileceği de öngörülebilir bir durumdur. Bu itibarla yüksek mahkemelerin, böyle bir olumsuz sonucun bizatihi kaynağı olmamak adına farklı uygulamaları ortadan kaldırmaya yönelik gerekli özeni göstermeleri beklenir”.⁴²

Anayasa Mahkemesi bu kararında özetle farklı yargı kolları arasında içtihat farklılığı söz konusu olduğunda ancak keyfilik oluşturan bir durumdan kaynaklanıyorsa adil yargılanma hakkının ihlali sayılacağı bunun dışındaki durumlarda da yargıya olan güvenin azalmaması adına yüksek mahkemelerin özenli davranması tavsiyesinde bulunmuştur.

Ford Motor Company başvurularında ise içtihat farklılıklarını mahkeme mülkiyet hakkı bağlamında değerlendirmiştir. Başvurunun adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yolundaki ilk başvurudaki karşı oy karşılık bulmamış Mahkeme ikinci başvuruyu mülkiyet hakkı çerçevesinde incelemek suretiyle oybirliğiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴³

⁴² AYM, 2. Bölüm, Engin Selek Kararı, 08.11.2017, Başvuru No: 2015/19816, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/19816>, (Erişim Tarihi: 24.09.2019).

⁴³ AYM, 2. Bölüm, Ford Motor Company Kararı, 26.10.2017, Başvuru No: 2014/13518, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2014-13518.pdf>, (Erişim Tarihi: 24.09.2019); AYM, 2. Bölüm, Ford Motor Company Kararı, 09.05.2019, Başvuru No: 2015/12767, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/12767>, (Erişim Tarihi: 24.09.2019); İçtihat farklılıklarını yargılama sürecine ilişkin bir sorun olması nedeniyle adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşü için bkz. Melikşah Yasin, Danıştay İçtihat Değişikliklerinin Etki ve Sonuçlarına İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararları Hakkında Bir Değerlendirme”, 5. *İdare Hukuku Buluşması “Danıştay Karar İncelemeleri”*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 28.

İçtihat farklılığı şikayetine ilişkin bir başka başvuruda Anayasa Mahkemesi adil yargılanma hakkı çerçevesinde ileri sürülen içtihat farklılığı şikayetinin, farklılığın giderilmiş olması ve başvuru sahibinin meşru bir beklentisinin kabul edilmesine imkan vermeyecek şekilde sonuçlanması nedeniyle de mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁴⁴

AİHM de *Ford Company* karşıoy yazısında belirtildiği üzere “adil yargılanma hakkı kapsamında aynı kuralların farklı şekilde yorumlanmasından doğan içtihat farklılıklarının ihlale yol açıp açmadığının değerlendirilmesinde, içtihatlar arasındaki çelişkilerin ortadan kaldırılmasına yönelik mekanizmaların bulunup bulunmadığının yanında bu mekanizmaların uygulanıp uygulanmadığını ve söz konusu mekanizmaların uygulanmasının ne gibi etkiler doğurduğunu tespit etmek(tedir)” suretiyle karar vermekte ve karar düzeltme aşamasında İçtihatı Birleştirme Kurulu kararının beklenmesi içtihat aykırılıklarını giderecek mekanizmanın hayata geçirilmesi olarak ele alınmaktadır.

Bu çerçevede AİHM, *Çelebi* kararında “*Yargıtay’ın içtihadında açıkça görülen çelişkiler ve bu Yüksek Mahkeme bünyesinde içtihadın birleştirilmesini sağlamak amacıyla öngörülen mekanizmaya ilişkin eksiklik, benzer bir durumda olan diğer kişilerin taleplerinin esasının incelenebilmiş olmasına rağmen, başvuranların müteahhitler hakkında açtıkları tazminat davasının kabul edilemez olduğuna karar verilmesine yol açmıştır. Mahkeme, davanın kendine özgü koşullarında, başvuranların davasının Yargıtay nezdinde adil yargılanma konusu yapılmadığı sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla, Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrası ihlal edil(miştir).*” diğine hükmetmiştir.⁴⁵

II. ESAS YÖNÜNDEN

Duran’ın ifade ettiği üzere, içtihatı birleştirme kararları ile yetkili kılınan yargı mercileri karara konu somut uyumsuzlıklardan sıyrılarak genel ve nesnel bir çözüm üretirler. Böylece somuttan soyuta öznelden genele geçmek suretiyle alınan ilke kararları, hukukun gelişimine daha çok katkıda bulunur.⁴⁶ İncelemeye konu içtihatı birleştirme kararında ele alınan mesele; sağlık personelinin görevden alınması ya da ikinci görevin üzerinden alınması işlemlerinin iptali sebebiyle mahrum kaldığı döner sermaye ödemelerinin iadesine ilişkindir. As-

⁴⁴ AYM, 1. Bölüm, Mehmet Harman Kararı, 03.07.2019, Başvuru No: 2017/34154, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/08/20190802-17.pdf>, (Erişim Tarihi: 24.09.2019).

⁴⁵ AİHM 2. Bölüm, *Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, 09.02.2016, Başvuru No. 582/05, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/HAYAT%C4%B0%20%C3%87ELEB%C4%B0%20VD..pdf>, (Erişim Tarihi: 24.09.2019).

⁴⁶ Duran, a.g.m., s.419.



linda söz konusu ödemeler, iptal kararlarının sonuçları çerçevesinde, iadesi zorunlu ödemelerdir. Uler'in ifadesiyle *“İptal edilen işlem ile sıkı ilişkisi olan malî avantajlar başkaca bir hükme gerek kalmaksızın idarece kendiliğinden karşılanmalıdır. Bu konuda içtihatlarda bir gelişme görülmekle birlikte, konu henüz tam olarak aydınlığa çıkamamıştır”*.⁴⁷

“İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları” başlıklı kitabın yayımlanmasından 49 yıl sonra da hala bu konu içtihatlarla aydınlığa çıkamamış ve değerlendirme konusu içtihadı birleştirme kararının çıkarılması ile sonuçlanmıştır. Bu çerçevede öncelikle iptal kararlarının geriye yürümesi kuralının bir sonucu olarak yapılması gereken ödemeler konusunda içtihadı birleştirme kararı alınmasına neden olan içtihat aykırılıkları ele alınacak, sonrasında ise iptal kararlarının geriye yürümesi kuralı ile fiili çalışmaya bağlı ödemelerin bu kuralın istisnaları arasında yer alıp almadığı değerlendirilecektir.

A. İptal Kararlarının Sonuçları Konusunda Oluşan İchtihat Aykırılıkları

İchtihadı birleştirme kararı verilebilmesi için; kararlara esas alınan maddi olgu ve hukuki dayanaklar aynı olduğu halde uyumsuzluğa uygulanan hukuk kuralının değişik yorumu nedeniyle birbirine aykırı karar verilmiş olmalıdır. Somut kararda Danıştay 5. Dairesi ile 12. Dairesi iptal kararlarının uygulanması bakımından birbirine aykırı kararlar vermiştir.

1. İptal Kararlarının Uygulanması Fiili Çalışmaya Bağlı Döner Sermaye Ödemesini Kapsamaz

04.05.2010 tarih ve E: 2010/898, K: 2010/2438 sayılı teyiz üzerine verilen kararda Danıştay 12. Dairesi; döner sermaye ek ödemesinden yararlanmanın fiilen katkı sunulması şartına bağlandığı gerekçesiyle aksi yöndeki idare mahkemesi kararının bu kısmının bozulmasına karar vermiştir.

Dava konusu işlem; Tokat Devlet Hastanesi doktoru ve Tokat Vali Recep Yazıcıoğlu Devlet Hastanesi Başhekim Yardımcısı olarak görev yapan davacının, Tokat Vali Recep Yazıcıoğlu Devlet Hastanesi ile Tokat Cevdet Aykan Devlet Hastanesinin Tokat Devlet Hastanesi adı altında birleştirilmesi sonucu, ikinci görevle yürüttüğü başhekim yardımcılığı görevinin üzerinden alınmasına ilişkindir. Davacı işlemin iptali ile maaş ve ek ödeme gelirindeki kaybının yasal faizi ile birlikte tazmini istemiyle Tokat idare mahkemesinde ava açmış, mahkeme davacının ikinci görevle yürüttüğü başhekim yardımcılığı görevinin üzerinden alınmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesi ile dava konusu işlemin iptal-

⁴⁷ Yıldırım Uler, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara, AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, 1970, s.43.

line, bu işlem nedeniyle davacının maaş ve ek ödemelerinde meydana gelen zararın dava tarihinden işletilecek yasal faizi ile birlikte tazminine hükmetmiştir.⁴⁸

Kararın temyizi üzerine Danıştay 12. Dairesi yukarıda belirtilen kararı ile; davacının ikinci görevle yürüttüğü başhekim yardımcılığı görevinin üzerinden alınmasına ilişkin işlemin iptali ile maaş farkından doğan zararın dava tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte tazminine ilişkin kısmının onanmasına karar verirken, ek ödemeye ilişkin kısmına ilişkin olarak ise başhekim yardımcılığı görevinden ayrıldığı tarihten itibaren hastanenin döner sermaye ek ödemesi gelirlerine başhekim yardımcısı olarak fiilen katkı sağlamadığı gerekçesiyle döner sermaye ek ödemesinden yararlandırılmasının mümkün olmadığı dolayısıyla dava konusu işlem nedeniyle yoksun kalman döner sermaye ek ödeme gelirindeki kaybın dava tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte davacıya tazminine ilişkin kısmının bozulmasına karar vermiştir.

Danıştay, kararına dayanak olarak konuyla ilgili mevzuatta yer alan hükümlerde döner sermaye ek ödeme yapılmasının fiilen katkı sağlama şartına bağlanmasını göstermiştir.⁴⁹

Karar düzeltme talebinde bulunulması üzerine (12. E: 2010/8320, 5. Daireye Devir E: 2013/1427) Danıştay Beşinci Dairesinin 11.10.2013 tarih ve E: 2013/1427, K: 2013/6763 sayılı kararıyla, davacının karar düzeltme istemi, süre aşımı nedeniyle reddedilmiş, davalı idarenin karar düzeltme istemi kabul edilmek suretiyle, 12. Daire kararının onamaya ilişkin kısmı kaldırılarak mahkeme kararının dava konusu işlemin iptali yolundaki kısmı bozulmuştur.

⁴⁸ 23.11.2009, Esas No: 2009/93, Karar No: 2009/587 sayılı karar.

⁴⁹ 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'a, 07.03.2006 tarihinde 5471 sayılı Kanun ile eklenen hükme göre (209 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 3. fıkrası); "Personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden, döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görevli olan memurlar ile bu kurum ve kuruluşlarda 10/7/2003 tarih ve 4924 sayılı Kanun uyarınca sözleşmeli olarak istihdam edilen sağlık personeline ve 13.12.1983 tarih ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 3'üncü maddesine göre istihdam edilen sözleşmeli personele mesai içi veya mesai dışı ayrımı yapılmaksızın ek ödeme yapılabilir. Sağlık kurum ve kuruluşlarında Bakanlıkça belirlenen hizmet sunum şartları ve kriterleri de dikkate alınmak suretiyle, bu ödemenin oranı ile esas ve usulleri; personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, serbest çalışıp çalışmaması ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurlar esas alınarak Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir." 10.02.2006 tarihli Bakan Oluru ile 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe konulan Sağlık Bakanlığına Bağlı İkinci ve Üçüncü Basamak Sağlık Kurumlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönerge'nin 5. maddesinin (b) fıkrası ile 01.04.2006 tarihinden geçerli olmak üzere 12.05.2006 tarih ve 26166 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Görev Yapan Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 5. maddesinin (b) fıkrasında; personelin döner sermaye ek ödemesinden yararlanmasının kuruma fiilen katkı sağlamasına bağlı olduğu kurala bağlanmıştır.

2. İptal Kararlarının Uygulanması Fiili Çalışmaya Bağlı Ödemeleri Kapsar

Danıştay 5. Dairesince temyiz üzerine verilen 30.05.2007 tarih ve E: 2004/4757, K: 2007/2687 sayılı kararda ise Danıştay ilk derece mahkemesinin kararını; davacının “fiilen” çalışmamasının, hukuka aykırı bulunarak iptal edilen işlemde kaynaklandığı, davacının bu işlem sonucu uğradığı zararların davalı idarece tazmininin zorunlu olduğu, döner sermaye ek ödemesinin de davacının yoksun kaldığı bir parasal hak olarak davacıya ödenmesi gerektiği gerekçesiyle bozmuştur.

Balıkesir Devlet Hastanesinde doktor olarak görev yapmakta iken Balıkesir Merkez Balıklı Sağlık Ocağı Tabipliğine atanması işleminin Bursa 1. İdare Mahkemesince iptal edilmesi üzerine eski görevine iade edilen davacının, bu atama işlemi nedeniyle Devlet Hastanesinde çalışmadığı döneme ilişkin döner sermaye ek ödeme tutarının, işlem tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte manevi tazminat ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açtığı davada; Bursa 2. İdare Mahkemesi, ilgili mevzuata göre, Sağlık Bakanlığına bağlı döner sermayeli kurum ve kuruluşlarda görevli personele döner sermayeden ek ödeme yapılabilmesi için, ilgili kurum ve kuruluşta fiilen çalışılması ve döner sermaye gelirlerinin elde edilmesine katkıda bulunulması gerektiğinden, davacıya Devlet Hastanesinde fiilen görev yapmadığı bu dönem için döner sermayeden ek ödeme yapılamayacağı ve olayda idareye manevi tazminata hükmedilmesini gerektirecek bir kusur atfedilmesinin mümkün bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.⁵⁰

Bu kararın temyiz edilmesi üzerine, Danıştay 5. Dairesi yukarıda belirtilen kararında; manevi tazminata yönelik temyiz istemini reddetmiş, kararın döner sermaye ek ödemesine ilişkin kısmının ise; “bir idari işlemin yargı kararıyla iptal edilmesi halinde söz konusu kararın, dava konusu işlemin tesis edilmesi sırasında unsurlarında bulunan sakatlıkları saptadığı, işlemi yapıldığı andan başlayarak ortadan kaldırdığı, bu özelliği nedeniyle geriye yürüyen sonuçlar doğurduğu; başka bir anlatımla, işlemin tesis edildiği tarihten önceki hukuki durumun geçerliğini sağladığının idare hukukunun bilinen ilkelerinden olduğu; idarenin, iptal kararının amaç ve kapsamına göre yeni bir işlem ya da işlemler yapmak, iptal edilen idari işlemde doğan tüm sonuçları ortadan kaldırmak, (idari işlemin hiç yapılmamış sayılması ilkesinin gereği olarak) önceki hukuki durumun geçerliğini sağlamak görevi ile yükümlü bulunduğu; öte yandan, Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunun hükme bağlandığı; olayda, da-

⁵⁰ 23.02.2004, Esas No: 2003/672, Karar No: 2004/116.

vacının Balıkesir Devlet Hastanesinde doktor olarak görev yapmakta iken Merkez Balıklı Sağlık Ocağı Tabipliğine atanmasına ilişkin işlem, Bursa 1. İdare Mahkemesince verilen kararla iptal edilerek anılan işlemin hukuka aykırılığı saptanmış olduğundan ve davacının Balıkesir Devlet Hastanesinde “fiilen” çalışmaması, hukuka aykırı bulunan bu işlemde kaynaklandığından; davacının bu işlem sonucu uğradığı zararların davalı idarece tazmininin zorunlu olduğu, buna göre, döner sermaye ek ödemesinin de davacının yoksun kaldığı bir parasal hak olarak, ilgili dönem için adı geçene ödenmesi gerektiği” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. Bozma kararına uyan idare mahkemesi kararı⁵¹ temyiz edilme-yerek kesinleşmiştir.

3. Aykırı Kararların Birleştirilmesi

İçtihadı Birleştirme Kurulu “Sağlık Bakanlığı personeli olup, döner sermaye ek ödemesinden yararlananlar hakkında tesis edilen naklen atama, ikinci görevin üzerinden alınması gibi işlemlerin iptali istemiyle açılan davalar sonucunda verilen iptal kararları üzerine, ilgililerin fiilen çalışmaması hukuka aykırı bulunan işlemde kaynaklandığından ve iptal edilen hukuka aykırı işlem sonucu tüm maddi hakların ödenmesi yukarıda değinilen Anayasa hükmü ve idare hukuku ilkesi gereği olduğundan, döner sermaye ek ödemesinin de davacıların yoksun kaldığı parasal haklardan sayılarak ilgili dönem için kendilerine ödenmesi gerektiği görüşü benimsenerek, içtihatların Danıştay Beşinci Dairesi kararları doğrultusunda birleştirilmesine” karar vermiştir.

Belirtmek gerekir ki; içtihadı birleştirme kararlarında Kurul, aykırı kararlardan birini seçmek suretiyle içtihatları birleştirebileceği gibi, iki aykırı içtihat dışında üçüncü bir içtihat da geliştirebilir. Danıştay bu yetkisini mahkemelerin bağımsızlığına dayandırmakta, içtihadın oluşturulmasında esas alınacak unsurları da kamu yararı, hizmet gerekleri, kişisel haklar, nısfet ve adalet kavramları olarak ortaya koymaktadır.⁵²

Genel olarak idari yargı yerlerinin gerçekleştirmeye çalıştıkları kamu yararı ile kişisel hakları dengeleyerek adaleti gerçekleştirme işlevi, idari yargı yerleri için bağlayıcı olan içtihadı birleştirme kararları verilirken de evleviyetle ön planda tutulacaktır. İçtihadı birleştirme kararlarının sadece aykırı kararlardan birini seçmek suretiyle kurulabileceği görüşünün kabulü halinde şeklen aykırılık ve uyuşmazlığı giderilse de adaleti gerçekleştirilmeme riskini taşıyan bu yaklaşımın gerçek anlamda uyuşmazlığı ve aykırılığı giderdiği de söylenemeyecektir.

⁵¹ Balıkesir İdare Mahkemesi, 29.01.2008, Esas No: 2007/İ 545, Karar No: 2008/313.

⁵² DİBGK, 15.03.1979, Esas No: 1971/9, Karar No: 1979/5, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 07.10.2019).

Belirtilmelidir ki bu durumda, kararlarla bağlı olan yargı yerlerinin, içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesini talep edebilmeleri mümkündür.

Danıştay 1966 yılında verdiği bir diğer içtihadı birleştirme kararında da yine iptal kararlarının uygulanması çerçevesinde, idarenin yapması gereken işlemlerin neler olduğu konusunda oluşa içtihat aykırılıklarını gidererek “*emeklilik işlemleri iptal edilen personelin emekliye çıkarıldıkları tarih ile iptal kararı üzerine yeniden vazifeye başladıkları tarih arasında geçen sürenin kıdemlerinde nazara alınması gerektiği(nden)...*”ne karar vermiştir.⁵³

Değerlendirme konusu içtihadı birleştirme kararı ile Danıştay, geriye yürüten iptal kararlarına işlerlik kazandırarak, hukuka aykırı işlem ile mağdur edilen bireylerin haklarının tümüyle iadesini mümkün kılmıştır. Belirtmek gerekir ki iptal kararlarının geriye yürütmesi kuralı her zaman mutlak şekilde uygulanmamaktadır. 2018/2 sayılı İBK'nın esas bakımından değerlendirilmesinde, iptal kararlarının geriye yürütmesi kuralı ile bu kuralın istisnalarının ele alınması gerekmektedir.

B. İptal Kararlarının Zaman Bakımından Uygulanması

1. İptal Kararları Geriye Yürür

İptal davaları; idari işlemlerin hukuka uygunluklarının denetlendiği mahkemece hukuka aykırı bulunması halinde idari işlemin iptal edildiği, verilen iptal karardan sadece davanın taraflarının değil idari işlem ile ilgili olan herkesin yararlandığı davalardır. Bu davalar idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlayan bir araçtır.⁵⁴ Hatta iptal davasını hukuk devletinin unsurundan öte hukuk devletiyle eş anlamlı, idare hukukunu da yargısal denetimin varlığına bağlayan görüşe göre, hukuk devleti, idare hukuku ve idari yargı, idari yargıda da özellikle iptal davası birbiriyle özdeştir.⁵⁵

İçtihadı birleştirme kararının hangi andan itibaren uygulanacağına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığı gibi, iptal kararlarının hangi andan itibaren hüküm ve sonuç doğuracağına ilişkin de hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, idare hukukunun içtihadı özelliğinin bir sonucu olarak, iptal kararlarının hangi andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracağı da yargı içtihatları ile geliştirilmiştir. Yerleşik yargı içtihatları ile iptal kararının karar alındığı tarihe kadar etki etmesi idare hukukunun bilinen ilkesi olarak ele alınmış,⁵⁶ iptal kararlarının geriye

⁵³ DİBGK, 09.07.1966, Esas No: 1965/21, Karar No: 1966/7, nakleden Yıldırım Uler, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara, AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, 1970, s.32.

⁵⁴ Gözübüyük/Tan, a.g.e., 2017, s.276.

⁵⁵ İl Han Özay, *Günüşünde Yönetim*, İstanbul, Alfa, 1996, s.17.

⁵⁶ Danıştay DDUH, 25.11.1938, Esas No: 1937/202, Karar No: 1938/14, nakleden Gözübüyük/Tan, a.g.e., 2017, s.574.

yürüdüğü, yani hukuka aykırılığı tespit edilmek suretiyle iptal edilen işlemin geriye gidilerek yapıldığı tarihten itibaren hüküm ve sonuçları ortadan kaldırdığı, iptal edilen karardan önceki durumu tesis ettiği, hatta yürütmenin durdurulması kararlarının da aynı hukuki sonuçları doğurduğu kabul edilmektedir.⁵⁷

İptal kararlarının geriye yürütmesi konusunda fikir birliği olmakla birlikte, iptal kararlarının uygulanması kapsamında yapılması gereken işlemlerin neler olduğu konusu ise sorunludur. Bu sorunun bir boyutu, iptal kararlarının uygulanması görevinin idareye bırakılmasından ileri gelmektedir. İdari yargıç, iptal kararı vermekle birlikte iptal kararının hayata geçirilmesi için alınması gereken idari kararların ya da yapılması gereken idari eylemlerin neler olduğunu karara bağlama yetkisine sahip değildir. Hatta idari yargıcın idari işlem ya da eylem niteliğinde karar veremeyeceği kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmiştir.⁵⁸

İptal davasında, dava konusu idari işlemi kısmen ya da tamamen iptal eden idari yerleri iptal ettiği kararın yerini almak üzere hukuka uygun yeni bir karar veremeyeceği gibi, idareye yapması gerekenler konusunda emir veremez bir şey yapmaya ya da yapmamaya mahkûm edemez.⁵⁹ Hukuk devleti ilkesine işlerlik kazandıran hatta kimi yazarlarca hukuk devleti ile özdeş kabul edilen iptal davaları bu yönüyle oldukça zayıflatılmıştır. Zira iptal kararlarının uygulanması kendisine bırakılan idarenin, kararları uygulama konusunda direnç göstermesi halinde, kararların uygulanmasını sağlamaya yönelik başka mekanizmalarla desteklenmediği takdirde⁶⁰ iptal davası kendisine yüklenen işlevi yerine getiremeyecektir.

Değerlendirme konusu içtihadı birleştirme kararında da geriye yürütmesi konusunda tereddüt olmayan iptal kararı çerçevesinde yapılması gereken işlemlerin neler olduğu, lehine iptal kararı verilen davacıların, fiili çalışmaya bağlı ödemelerden yararlandırılmaması yolunda tesis edilen işlemlere ilişkin davalarda Danış-

⁵⁷ Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 04.02.1966, Esas No: 1965/473, Karar No: 1966/[], *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1968, s.695-696.

⁵⁸ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında idari yargı yerlerince yapılan denetimin kapsamı ve sınırları şu şekilde düzenlenmiştir: "İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler, yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı karamamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler."

⁵⁹ Gözübüyük/Tan, a.g.e., 2017 s.558.

⁶⁰ Örneğin Fransa'da iptal kararlarının uygulanmasına yönelik ilk önce 16 Temmuz 1980 tarihli Kanun ile (madde 2) sadece Conseil d'Etat açık bir yargısal emir vermeksizin yargı kararını uygulamak zorunda olduğu halde uygulamayan idareler aleyhine belirli bir miktar paranın ödenmesine hükmetme konusunda yetkilendirilmiş daha sonrasında 8 Şubat 1995 tarihli Kanun ile (madde 62) idare mahkemeleri ile istinaf mahkemelerine de kararın uygulanması çerçevesinde belli bir süre içinde alınacak kararları da belirlemek ve gerektiğinde uygun para cezalarına da hükmetmek yetkileri ile donatılmıştır. René Chapus, *Droit du Contentieux Administratif*, 13e édition, Paris, Montchrestien, 2008, s.1168-1169.

tay daireleri arasında içtihat aykırılıkları oluşmuştur. Bu çerçevede, içtihat aykırılığının geriye yürüme kuralının istisnaları arasında yer alıp almadığı ele alınarak, içtihadı birleştirme kararının hukuka uygunluğu değerlendirilecektir.

2. Geriye Yürüme Kuralının İstisnaları

İçtihadı bir ilke olan geriye yürüme kuralı konusunda içtihat aykırılıkları bulunmakta bu kural mutlak şekilde uygulanmamaktadır.

İptal kararlarının geriye yürüme kuralının mutlak şekilde uygulanmadığı koulardan biri düzenleyici idari işlemlerin iptaline ilişkin kararlardır. Düzenleyici idari işlemlerin mutlak şekilde uygulanması halinde, düzenleyici işlemin varsa yürürlükten kaldırdığı düzenlemenin yürürlüğe girmesi⁶¹ ve düzenleyici işlemin uygulama işlemlerinin de yapıldığı andan etkili olacak şekilde kaldırılması gerekir.

Yürürlükten kaldırılan düzenleyici işlemlerin iptal kararı üzerine yeniden yürürlük kazanamaması görüşü öğretide de idarenin yerine geçerek işlem yapılacağı⁶² ya da iptal kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi yetkisinin idareye ait olduğuna dayandırılmaktadır.⁶³ İptal kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere işlem yapmak ya da eylemlerde bulunmak idarenin yetki ve yükümlülüğünde olmakla birlikte, bazı kararların kendiliğinden sonuç doğurduğu kabul edilmekte,

⁶¹ Günday, a.g.e., s.231. Günday bu görüşünü Danıştay 5. Dairesinin, 25.03.1998 tarih ve Esas No: 1997/13, Karar No: 1998/515 sayılı kararına dayandırmaktadır. 5. Daire söz konusu kararında iptal edilen düzenleyici işlemin yürürlükten kaldırdığı düzenleyici işlemin yeniden uygulanacağını şu şekilde gerekçelendirmektedir. "... Danıştay'ın otuz seneyi aşan istikrar kazanmış içtihatlarına göre iptal kararları dava konusu işlemi hiç tesis edilmemiş kılan ve önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan kararlardır.

Eğer bireysel bir idari işlemi iptal edilmiş ise idare, bireyin eski hukuki durumunu kazanması için gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür; dava konusu işlem gibi düzenleyici bir işlem iptal edilmiş ise ortada hukuken doldurulması zorunlu bir boşluk oluşmadıkça, verilen yargı kararı idarenin herhangi bir uygulama işlemine gerek kalmaksızın hukuki sonuçlarını ortaya koyar, başka bir anlatımla iptal edilen düzenleyici işlemin uygulanabilirlik (icrailik) niteliği son bulur ve işlemin yapılmasından önceki hukuki durum yürürlük kazanır. Örneğin herhangi bir tüzük veya yönetmeliğin belli bir maddesini kaldıran veya değiştiren bir tüzük veya yönetmelik için iptal kararı verilmiş ise değişiklik yapan hüküm uygulanmaz ve değiştirilen hüküm yürürlükte kalır...

... idari yargıda iptal kararları (ve buna bağlı olarak yürütmenin durdurulması kararları), yukarıda açıklandığı ve bilimsel ve yargısal içtihatlarda tartışmasız kabul edildiği gibi dava konusu işlemin tesis edildiği andan itibaren hukuki sonuç doğurdıklarından, bir düzenleyici işlemi kaldıran veya değiştiren yeni bir düzenleyici işlemin idari yargı yerince iptal edilmesi (veya yürütülmesinin durdurulması) halinde, eski düzenleyici işlem hiç değiştirilmemiş ve kaldırılmamışçasına uygulanma niteliğini sürdürür. Aksi bir yorumu, hukuk düzenine vaki ihlalleri ihlalin vukuu bulunduğu tarihten itibaren ortadan kaldırmayı amaçlayan iptal davaları ve bu davaların hukuksal araçları olan iptal (ve yürütmenin durdurulması) kararları ile bağdaştırmak mümkün değildir.". Danıştay 5. Dairesinin birebir aynı gerekçeye dayandığı bir başka kararı için bkz. 24.05.1999, Esas No: 1998/4622, Karar No: 1999/1685, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 21.10.2019).

⁶² Ender Ethem Atay, İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması, *Danıştay 139. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Matbaası, Ankara, 2008, s.83.

⁶³ Turan Yıldırım, a.g.e., s. 533.

kendiliğinden sonuç doğuran iptal kararlarına yönetmeliğin iptali örneği verilmektedir.⁶⁴ Gerçekten iptal edilen düzenleyici işlemin yürürlükten kaldırılması için idarenin herhangi bir işlem yapmasına gerek yoktur. Sorun; iptal edilen düzenleyici işlemin yürürlükten kaldırdığı düzenleyici işlemin iptal kararı üzerine kendiliğinden yürürlüğe girip girmeyeceği üzerinde odaklanmaktadır.

Düzenleyici işlemler bakımından iptal kararlarının uygulanması konusunda imar planları ve düzenleyici işlemlere dayanılarak yapılan bireysel işlemler konusu ise ayrıca ele alınmaktadır. Düzenleyici idari işlem olarak kabul edilen imar planları söz konusu olduğunda düzenleyici işlemin iptali ile yürürlükten kaldırılan düzenleyici işlemin yürürlüğe girmeyeceği yani iptal kararının bu kapsamda geri yürümeyeceği Danıştay kararlarında kabul edilmektedir.⁶⁵

İmar planlarının iptali halinde, iptal kararlarının bu planlara dayalı olarak yapılan işlemleri de ortadan kaldıracak şekilde geriye yürüyüp yürümeyeceği tartışmalı konulardan bir diğeridir. Burada düzenleyici işlemlerdeki gibi idarenin yerine geçmek suretiyle idari işlem yapılmasından öte, 3. kişilerin kazanılmış haklarının olup olmadığı, idari istikrar, hukuk devleti, idareye güven gibi kavramlar etrafında şekillenmektedir.⁶⁶ İlk aşamada hukuka aykırılığı iptal edilmek suretiyle tespit edilen idari işleme dayanılarak yapılan bireysel idari işlemlerin kazanılmış hak doğurmayacağı hukuk düzeni tarafından bu işlemlerin korunamayacağı söylenecektir. Ancak işlemin hukuka aykırı şekilde tesisi konusunda dahlî olmayan ve hukuka aykırılığın açık hata, yok hükmünde olma⁶⁷ gibi hemen anlaşılacakları durumda, idareye güvenerek belirli hukuki durumların içine girmiş ya da beklentiler geliştirmiş bireylerin bu haklarının ya da

⁶⁴ Gözübüyük/Tan, a.g.e., 2017, s.584.

⁶⁵ Dan. 6. Daire, 08.02.1997, Esas No: 1996/4797, Karar No: 1997/767; Dan. 6. Daire, 13.05.1998; Danıştay 1. Daire, 06.10.1995, Esas No: 1995/203, Karar No: 1995/204 Dairenin görüş kararının gerekçe kısmı şu şekildedir; "... özellikle düzenleyici işlemlerde işlemi tesis eden merciin iradesinin esas olduğu ve öncelik taşıdığı dikkate alındığında, iptale konu işlemle, hukuk aleminde kısmen yada tamamen kaldırılmış bir düzenlemenin, iptal kararı üzerine kendiliğinden yeniden yürürlüğe girmesi, işlem tesisi konusunda yetkili makam ve merciin bu konudaki iradesinin bertaraf edilmesi, yargısal denetimin iptali istenen işlemin hukuka uygunluğunu sağlamasının ötesinde idari işlemler tesisi anlamını taşıması sonucunu doğuracaktır..." kararlar www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.10.2019).

⁶⁶ İmar planının iptali kararının, yapının hukuki durumuna etkisini, bu kavramlar etrafında inceleyen çalışma için bkz. Cenk Şahin, İmar Planının Yargı Yerince İptal Edilmesinin, Yapının Hukuki Durumuna Etkisi (Karar İncelemesi), 5. *İdare Hukuku Buluşması "Danıştay Karar İncelemeleri"*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 199-239.

⁶⁷ Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Ankara, Seçkin, 2003, s.119-132; İlgilinin hatası hilesi ya da kusuru olmadan iptal kararının verildiği tarihe kadar yapı ruhsatına uygun inşa edilen yapı kısımlarının kazanılmış hak oluşturduğu kabul edilmektedir. Bkz. M. Ayhan Tekinsoy, İmar Planlarının Hukuksal Niteliği, İmar Planı İptalinin Bu Plana Dayanılarak Verilmiş Ruhsatlar Üzerindeki Etkisi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 66, Sayı: 2, Bahar 2008, s.56.

beklentilerinin korunmaması da hakkaniyete ve hukuk devletine uygun olmayacaktır. Tüm bu kavram ve beklentileri karşılamak zorunda olan Danıştay, iptal edilen imar planlarına göre verilen yapı ruhsatlarını, salt dayanağı olan imar planlarının iptal edildiği gerekçesiyle iptal edilmesi ya da idarece geri alınmasını hukuka aykırı bulmakta,⁶⁸ inşaatların durumunu kazanılmış hak olarak değerlendirebilmektedir.⁶⁹

İptal kararının üçüncü kişilere hak ve yarar sağlayan işlemler bakımından geçmişe etkili şekilde uygulanması, idareye güven ve hukuki istikrar ilkelerini zedeleyeceğinden,⁷⁰ kesin hükmün nisbi kuvveti gereğince geçmişe etkinin üçüncü kişiler bakımından hüküm ifade etmeyeceği kabul edilmiştir.⁷¹

Geriye yürümenin mutlak şekilde uygulanmayacağı bir başka durum görevden alma işlemlerinin iptaline ilişkindir. Görevden alma işleminin iptali halinde, görevden alınan kamu görevlisinin yerine atanan kamu görevlisi, görevden alma işleminin iptali üzerine görevden alınır. Ancak iptal kararının uygulanması amacıyla görevden alınan kamu görevlisinin yaptığı işlemler, hukuka uygunluk karinesi gereği, geçerli işlemler olarak kabul edildiği gibi, bu görevliye sağlanan hakların iptal kararlarının uygulanması kapsamında geçmişe etkili şekilde geri alınması hakkaniyete uygun değildir.⁷²

Hatta işlemin muhatabı bakımından, Danıştay eski tarihli bir içtihadı birleştirme kararı ile idari belirsizlik ve kararsızlığın idari istikrar ilkesi ile bağdaşmayacağından bahisle, kanunsuz terfiden sonra yapılan müteaddit terfilerin, kanunsuz terfiin geri alınmasına engel teşkil ettiğine hükmetmiştir.⁷³

İptal kararlarının geçmişe etkili şekilde uygulanamayacağı bir diğer hal ise fiili ya da hukuki imkânsızlık halidir. Görevden alma işleminin iptali kararının yaş haddi nedeniyle uygulanamaması örneğinde olduğu gibi bazen karar doğrultusunda hakkın tamamen iadesi mümkün olmamakla birlikte kimi hakların iadesi sağlanabilir. Belirtmek gerekir ki, iptal kararlarının uygulanması mümkün

⁶⁸ Dan. 8. Daire, 03.12.1998, Esas No: 1997/6294, Karar No: 1998/5931, nakleden Günday, a.g.e., s.232.

⁶⁹ Söz konusu karar örnekleri için bkz. Oğurlu, a.g.e., s.166-167.

⁷⁰ Günday, a.g.e., s.169-170.

⁷¹ Lûtfi Duran, *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul, İÜHF, 1964, s.139.

⁷² Yıldırım, a.g.e., s.530.

⁷³ DIBK, 26.09.1952, Esas No: 1952/15, Karar No: 1952/244. Nakleden Günday, a.g.e., s.176, Söz konusu içtihadı "Anılan içtihadı birleştirme kararında sözü edilen "müteaddid terfiler" ibaresinden en az iki derece terfiin yapılmış olmasının anlaşılması gerektiği, bunun da altı yıllık bir süreye karşılık geldiği"ne ilişkin karar için bkz. Dan. 5. Dairesi, 24.09.2002, Esas No: 1999/1909, Karar No: 2002/2361, www.kazanci.gov.tr, (Erişim Tarihi: 23.10.2019).

olmamakla birlikte uygulanmayan kararlar nedeniyle idarenin hukuki sorumluluk çerçevesinde tazminat ödeme yükümlülüğü devam etmektedir.⁷⁴⁻⁷⁵

⁷⁴ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir." yolundaki düzenleme; Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 1975/383 Esas sayılı kararında "... Yerleşik Danıştay içtihatlarında da açıkça belirtildiği üzere maddenin son fıkrası hükmü, idareye ilam icaplarına göre işlem yapmama olanağını tanıtmakta, aksine maddi veya hukuki herhangi bir imkansızlıkla ilam hükümlerine uygun işlem veya eylem yapılamaması halinde dahi ilgilinin hukukunun korunmasını sağlamak için konulmuştur." yorumu çerçevesinde kararların uygulanmasının imkansız olduğu hallerde bile ilgililerin haklarını güvence altına almaya yönelik getirilmiş bir düzenleme olarak ele anlaşılmalıdır. Bu haklı görüş için bkz. Yıldırım, a.g.e., s.537.

⁷⁵ Fiili imkansızlık nedeniyle özelleştirme uygulamalarına ilişkin iptal kararlarının Bakanlar Kurulunca uygulanmaması yönünde kararlar alınmasına imkan tanıyan 26.4.2012 günlü, 6300 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un ek 5. maddesinin (26.4.2012 günlü, 6300 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle eklenen hüküm) "... özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülemez bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, Bakanlar Kurulu tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkilidir" hükmünün itelik yazan kısmı Anayasa Mahkemesince (03.10.2013, Esas No: 2012/73, Karar No: 2013/107) iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir; "... hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira, hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir.

Dava konusu kuralla, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının Başbakanlık ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından uygulanması engellenmekte, özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak tesis edilecek işlemler konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki verilmesi öngörülmektedir. Böylece, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının ilgili idarelerce gecikmeksizin ve derhal yerine getirilmesinin yolu kapatılmış ve özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının Bakanlar Kurulu kararı ile uygulanması öngörülmek suretiyle adli veya idari yargı mercilerince verilmiş olan mahkeme kararlarının sonuçsuz kalmasının yolu açılmaktadır. Bakanlar Kurulu kararına karşı yeniden yargı yoluna başvurulabilmesi de bu sonucu değiştirmeyecektir.

İdarenin, mahkeme kararlarını yerine getirmesi, Anayasa'nın 138. maddesinde öngörülen bağlayıcılık ilkesi gereği temel bir ödevi olup kararları uygulamama gibi bir tercih hakkı bulunmamaktadır."

İptal kararından sonra 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun"un 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun"a "Geçici Madde 26"nın eklenmesini öngören; "Bu maddenin yayımı tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen hâller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilmez." şeklindeki 109. maddesi de Anayasa Mahkemesince benzer gerekçelerle iptal edilmiştir. (02.10.2014, Esas No: 2014/149, Karar No: 2014/151, <http://kararlari.yeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8a9c9ba2-b43e-48b7-9283-40dada21b8a4?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi: 22.10.2019)

İptal davasında verilen davanın reddi kararları uygulanmayabilir. Aslında ret kararları zaten hukuk düzeninde değişiklik getirmeyen mevcut durumun devamını sağlayan kararlardır. Ancak yürütmenin durdurulması kararı verilmesi ve uygulanması sonrasında ortaya çıkan hukuki durumların ortadan kaldırılması çerçevesinde uygulanması gerekebilir. Fakat sonradan verilen davanın reddi kararları kazanılmış hakkın korunması gerekiyorsa uygulanmayabilir.⁷⁶

Son olarak Fransız Hukukunda iptal kararlarının geriye yürütmesi kuralı yumuşatılarak idari yargıca yetkiler tanınmıştır. Şayet iptal kararının geriye yürütmesi kuralı, kamu yararı ve somut uyuşmazlıktaki özel yarar bakımından aşırı sonuçlar doğuracaksa, idari yargıç hukuki güvenlik ve yasallık ilkelerini uzlaştırmak suretiyle bu kuralı yumuşatarak iptal kararının belirleyeceği belirli bir tarih itibarıyla uygulanacağına hükmedebilir.⁷⁷ İptal kararlarının uygulanması bakımından getirilen bu çözümün Türk Hukukunda uygulanabileceği ve uygulanması gerektiği önerilmektedir.⁷⁸ Gerçekten yukarıda kısaca yer vermeye çalışılan iptal kararlarının geriye yürütme kuralının istisnalarının, mahkeme kararıyla açıklıkla belirlenmesi, kararların uygulanması konusunda yaşanan tereddütleri ortadan kaldıracaktır. Ancak inceleme konusu içtihadı birleştirme kararına konu uyuşmazlıkta da görüldüğü üzere, iptal kararlarının uygulanması konusunda fiili çalışmaya bağlı ödemelerin yapılıp yapılmayacağı hususunda bile içtihat aykırılıkları oluşmaktadır. Hukuk devleti ilkesine işlerlik kazandıran iptal davasının zaman bakımından uygulanması konusunda idari yargıca tanınacak yetki, iptal kararlarının içinin boşaltılması riski yanında bu konudaki içtihat aykırılıkları potansiyeli ile eşitlik ve adalete olan güven ilkelerini zedeleyebilir. Chapus tarafından ifade edilen, “idareyi yargılamak aynı zamanda yönetmektir ve öyle olmak zorundadır” özdeyişi idari yargıcın bu yetkisini temellendirmek

Fakat Anayasa Mahkemesinin aksi yönde kararı da mevcuttur. Danıştay kararları ile yürütülmesi durdurulan işlemlere geçerlilik kazandırmak suretiyle yargı kararlarının uygulanmamasını mümkün kılan yasal düzenlemeleri, Anayasa Mahkemesi bir kararında anayasaya aykırı bulmamıştır (15.10.1996, Esas No: 1996/50, Karar No: 1996/37, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/3e20d68b-eb4b-4a8f-b09c-f77ee025e203?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi: 22.10.2019). Fransız Hukukunda da idari yargının bağımsızlığına ve iptal kararlarının geriye yürütme kuralının tüm sonuçlarını ortadan kaldırmadan üstün kamu yararı, Anayasa Konseyi veya Conseil d'Etat kararları gerekli kılıyorsa kanun koyucunun önleyici şekilde sonradan dava konusu edilebilecek işlemleri hukuka uygun kılabileceği kabul edilmektedir. Bu çerçevede örneğin Fransız kanun koyucu, yapıldığı tarihten yıllar sonra iptal edilen sınavı kazanarak işe başlayan kişileri çıkaracağı bir kanunla kamu görevlisi olarak niteleyebilir. Pierre-Laurent Frier/Jacques Petit, *Droit Administratif*, 8e éd. Paris, LGDJ, 2013, s.528.

⁷⁶ Dan. 3. Daire, 14.05.1981, Esas No: 1981/84, Karar No: 1981/87, Nakleden Gözübüyük/Tan, a.g.e., 2017, s.598.

⁷⁷ CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC! Et autres*, nakleden Frier/Petit, a.g.e., s. 525-526.

⁷⁸ Gürsel Kaplan, İptal Kararlarının Etki ve Sonuçlarının Zaman Yönünden Yargıç Tarafından Sınırlandırılması, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı, 3 (2), 2013, s.37.

için kullanılsa da⁷⁹ bunun idarenin ihtiyaçlarına odaklanan bir yargı riskini beraberinde getirebileceği akılda tutulmalıdır.⁸⁰

Değerlendirme konusu içtihadı birleştirme kararı geriye yürüme kuralından istisna edilebilecek konular arasında yer almamaktadır. Kamu görevlileri hakkında hukuka aykırı bir şekilde tesis edilen işlemlerin iptali halinde, bu iptal kararlarının etki ve sonuçlarının tam olarak giderilebilmesi bakımından fiili çalışmaya bağlı ödemelerin de iadesi gerekir. Aksi bir yorum, hukuka aykırılığı tespit edilen işlemde kaynaklanan bazı zararlara davacının katlanması gerektiği şeklinde, hakkaniyete uygun olmayan bir sonucun ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir.

SONUÇ

İdare hukukundaki birçok ilke içtihatlarla geliştirilmiştir. Bu ilkelerin doğmasına kaynaklık eden davalar içtihatlarla şekillenmiş ve geliştirilmiştir. İdarenin hukuka uygun hareket etmesini, idarenin hukuk sınırları içine çekilmesini doğrudan hukuka aykırı idari işlemleri iptal etmekle sağlayan dava türü, iptal davalarıdır. Bu çerçevede iptal davalarının hukuk devleti için vazgeçilmez olduğu söylenebilir.

İptal davalarının yine içtihatlarla geliştirilen özelliklerinden birisi, bu davalar sonucunda verilecek iptal kararlarının geçmişe etkili bir şekilde, yani iptal edilen işlemi yapıldığı andan itibaren ortadan kaldırmasıdır. Kendiliğinden sonuç doğuran iptal kararları dışında, iptal kararının uygulanması için idarenin harekete geçmesi gerekir. Kimi zaman yargı kararlarına gösterilen bir direncin yansımaları olarak kimi zaman da kararların nasıl uygulanacağı konusunda tereddüde düşülmesi nedeniyle, idarenin iptal kararının yaşama geçirilmesi için gereken tüm işlemleri yapmadığı gözlemlenmektedir.

Değerlendirilen içtihadı birleştirme kararı da iptal edilen idari işlem sonrası idarenin yapması gereken idari işlemlerin neler olduğu konusunda idarece yaşanan tereddüt sonrası açılan davalarda Danıştay içtihatları arasında oluşan aykırılıklardan kaynaklanmaktadır. Kamu görevlilerinin daha önceden faydalandıkları fiili çalışmaya bağlı ödemelerden nakil, ikinci görevi üzerinden alma, hatta göreve son verme gibi işlemler nedeniyle artık faydalanamadığı durumlarda bu işlemlerin iptali üzerine, iptal kararlarının uygulanması çerçevesinde yararlanmasına yönelik olarak içtihat aykırılıkları giderilmiştir. Böyle bir çözüm iptal kararlarının tam olarak uygulanmasını sağlaması dışında sonradan açılacak tam yargı davalarının bir kısmının da önüne geçmiş olacaktır.

⁷⁹ Kaplan, a.g.m., s.38.

⁸⁰ Chapus, a.g.e., s.45.

Farklı açılardan eleştirilere konu olsa da içtihadı birleştirme kararlarının eşitlik ilkesinin, adil yargılanma ilkesinin yaşama geçirilmesinde önemli bir kurum olduğu kanaatindeyiz. Ancak Danıştay içtihadı birleştirme kararı verme konusunda çekingen davranmaktadır. Oysa ki istinaf kanun yolunun kabulü sonrası bölge idare mahkemeleri arasında oluşabilecek içtihat aykırılıkları dikkate alındığında yargıya olan güvenin tesisi bakımından içtihat aykırılıklarının giderilmesi konusunda Danıştay'ın içtihat aykırılıklarının doğalında giderilmesini beklemek yerine içtihatları birleştirmek yolunu seçmesinin daha isabetli olacaktır. Zira iptal kararlarının geriye yürümesinin tersine içtihadı birleştirme kararlarının geriye yürümeyeceği kabul edilmekte içtihat aykırılıklarından kaynaklanan hakkaniyete aykırı durumlar da sonrasında adil yargılanma hakkının bu şekilde ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların konusu olabilmektedir.

Danıştay'ın içtihadı birleştirmek kararı verme konusundaki bu çekingen tavır bölge idare mahkemeleri kararlarından aykırılıklar bakımından ara bir çözüm bulunmak suretiyle giderilmeye çalışılmıştır. Bölge idare mahkemeleri kararları arasındaki aykırılığın giderilmesi ve bu aykırılığın üç ay içinde giderilmesi olumlu bir gelişmedir. Ancak bu kararların içtihadı birleştirme kararları gibi bağlayıcı olduğu yolunda düzenlemeye yer verilmemiştir. Böyle bir çözüm karardan sonra oluşabilecek içtihat aykırılıklarının önüne geçemeyecektir. Nihayetinde içtihat aykırılıklarının çözümü noktasında içtihadı birleştirme kararı verilmesi gerekecektir. Aykırılık ya da uyuşmazlıkların içtihadı birleştirme kararı ile giderilmesi taleplerinin incelenmesi süresi bakımından kanun koyucunun düzenlemeler yapması yerinde olacak içtihadı birleştirme kararından beklenen yarar sağlanmış olacaktır.

Zira gerek iptal kararlarının gerekse içtihadı birleştirme kararlarının alınmasında ve zaman bakımından uygulanmasında kamu yararı-özel yarar, idari istikrar, kazanılmış hak, hukuki güvenlik gibi kavramlar uzlaştırılmaya ve dengelenmeye çalışılmaktadır. Bu çerçevede iptal kararlarının geriye yürümesi kuralı da esnetilmiştir. Hatta Fransız Hukukunda idari yargıca kimi şartlarda iptal kararlarının uygulanmaya başlayacağı zaman dilimini belirleme yetkisi de içtihatlarla kabul edilmiştir. Değerlendirme konusu içtihadı birleştirme kararına konu olan fiili ödemeler, iptal kararının tam olarak yerine getirilmesi amacına hizmet etmektedir. Bu ödemelerin üçüncü kişilerin iyiniyeti, kazanılmış hakkı ya da idari istikrar gibi gerekçelerle ödenmemesi söz konusu edilemeyeceği gibi, mevzuatta fiili çalışma şartına bağlandığı gerekçesiyle ödenmemesi de iptal kararlarının, hukuka aykırı işlemin geçmişe etkili şekilde tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılması amacını karşılamayacaktır. İptal kararlarının geriye yürümesi kuralının kapsamını söz konusu uyuşmazlıklar bakımından ortaya koyan içtihadı birleştirme kararı yerinde bir çözüm getirmiştir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, Eylül 2018.
- Aliefendioğlu, Ertan, İdari Yargıda İki Sorun, *Danıştay Dergisi*, 2006, Sayı: 113, s.1-3.
- Atay, Ender Ethem, İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması, *Danıştay 139. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Matbaası, Ankara, 2008, s.13-95.
- Auby/Drago, Contentieux Administratif, Cilt III, s.100, Nakleden Gözübüyük, A. Şeref /Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku*, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.
- Chapus, René, Droit du Contentieux Administratif, 13e édition, Paris, Montchrestien, 2008.
- Çağlayan, Ramazan İdari Yargıda Kesin Hüküm, *AÜEHFD*, Cilt III, Sayı: 1, s.123-141.
- Duran, Lûtfi, Danıştay'ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması, *AÜSBFD*, 1972, Cilt: 27, Sayı: 3, s.419-441.
- Duran, Lûtfi, *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul, İÜHF, 1964.
- Frier, Pierre-Laurent /Jacques Petit, *Droit Administratif*, 8e éd. Paris, LGDJ, 2013.
- Gedik, Fırat/Emel Koç, Hüküm Kurma ve İçtihat, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 67, Sayı: 2, 2009, s.157-163.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt I, 3. Baskı, Bursa, Ekin, Mayıs 2019.
- Gözbüyük, A. Şeref /Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, 12. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.
- Gözbüyük, A. Şeref /Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku*, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 11. Baskı, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2017.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, 18. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2017.
- Hocaoğlu, A. Şeref, *Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararları: 1933-1948*, Ankara, Güney Matbaacılık 1949.
- Kaplan, Gürsel, İptal Kararlarının Etki ve Sonuçlarının Zaman Yönünden Yargıç Tarafından Sınırlandırılması, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 3 (2), 2013, s.31-38.
- Kızılyel, Serkan, Danıştay İçtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine, *TBB Dergisi*, 2015, Sayı: 119, s.115-142.
- Kuru, Baki /Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.

- Oğurlu, Yücel, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Ankara, Seçkin, 2003, s.119-132.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, I. Cilt, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- İl Han Özay, İl Han, Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Ankara, Danıştay Başkanlığı, 1982, s.11-30.
- Özay, İl Han, *Günışığında Yönetim*, İstanbul, Alfa, 1996.
- Ross, Alf *On Law Justice*, London, 1958, nakleden Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, 18. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2017.
- Şahin, Cenk, İmar Planının Yargı Yerince İptal Edilmesinin, Yapının Hukuki Durumuna Etkisi (Karar İncelemesi), 5. *İdare Hukuku Buluşması “Danıştay Karar İncelemeleri”*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 199-239.
- Tekinsoy, M. Ayhan, İmar Planlarının Hukuksal Niteliği, İmar Planı İptalinin Bu Plana Dayanılarak Verilmiş Ruhsatlar Üzerindeki Etkisi, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 66, Sayı: 2, Bahar 2008, s.45-56
- Tekinsoy, M. Ayhan, Danıştay’ın Temyiz İncelemesi Üzerine Verdiği Kararların Uygulanması, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208316> (Erişim Tarihi: 24.09.2019).
- Tuncay, Aydın H., *İdare Hukuku ve İdarî Yargının Bazı Sorunları*, Danıştay Yayınları No: 14, Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1972.
- Uler, Yıldırım, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara, AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, 1970.
- Ulusoy, Ali D., *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Yasin, Melikşah, Danıştay İçtihat Değişikliklerinin Etki ve Sonuçlarına İlişkin Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararları Hakkında Bir Değerlendirme”, 5. *İdare Hukuku Buluşması “Danıştay Karar İncelemeleri”*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 21-28.
- Yıldırım, Turan, *İdari Yargı*, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- Yüzyıl Boyunca Danıştay*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1968.

İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme^(*)

A Review on Submission Decisions in the Appeal Stage of Administrative Jurisdiction

Dr. Yunus ERASLAN^(**)

Öz

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yapılan değişiklikle, itiraz ve karar düzeltme kanun yolu kaldırılarak istinaf kanun yolu getirilmiştir. İstinaf aşamasında verilecek kararlar, 2577 sayılı Kanunda özel olarak gösterilmiştir. 2577 sayılı Kanun'a göre istinaf kanun yolunda verilecek kararlar; istinaf isteminin reddi, istinaf başvurusunun kabul edilerek ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve işin esası hakkında yeniden bir karar verilmesi, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve yeniden karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesi kararlarıdır. 2577 sayılı Kanuna göre, yeniden karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesi gerektiren sebepler tahdidi sayıdadır. İdari yargı uygulamasında, kanunda öngörülmeyen bir çok sebebe dayanarak gönderme kararları da verilmektedir. İdari yargıda istinaf kanun yolu uygulamasının yeni geliştiği de dikkate alındığında, kanunda öngörülmeyen gönderme kararlarının sebepleri ve mevzuattaki yerinin incelenmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İdari Yargı, İstinaf, Gönderme kararı, Kanun Yolu.

Abstract

With the amendment made to the Law 2577 on Administrative Procedure, the remedy of objection and rectification was abolished, and the remedy of appeal was brought into force. The decisions to be made at the stage of appeal are specifically indicated in Law No. 2577. According to the Law no. 2577, the decisions to be made in the appeal proceedings are the rejection of the appeal, the removal of the first-instance court decision and meeting a new decision on the merits of the case, the removal of the first-instance court decision and the submission of the file to the court for a new decision. According to Law No. 2577, the reasons that require the file to be submitted to the court for re-decision are limited. In practice of the administrative jurisdiction, there are also submission decisions for a number of reasons not prescribed by law. Taking into consideration that the appeal practice is newly developing in the administrative jurisdiction, it is aimed to examine the reasons of submission decisions which are not foreseen in the law and their status in the legislation.

Keywords

Administrative Jurisdiction, Appeal, Submission Decision, Remedy.

(*) [Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 07.10.2019.](#) [Birinci hakeme sevk tarihi: 07.10.2019.](#) [Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 08.10.2019.](#) [İkinci hakeme sevk tarihi: 07.10.2019.](#) [Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 12.10.2019.](#)

(**) Konya Bölge İdare Mahkemesi Hâkimi,
E-mail: yunus.eraslan@adalet.gov.tr,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-9660-5519>.

GİRİŞ

İdari yargıda ilk derece mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri ile Danıştay'dır. Danıştay aynı zamanda temyiz merciidir. Bölge idare mahkemeleri ise, istinaf incelemesiyle görevli yargılama merciidir.¹

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklik² ile idari yargılama usulünde, itiraz ve karar düzeltme olağan kanun yolu kaldırılarak istinaf kanun yolu getirilmiş ve üç dereceli yargılama sistemine geçilmiştir.

6545 sayılı Kanun değişikliği ile 2577 sayılı Kanunun 45. maddesinin "itiraz" başlığı "istinaf" olarak değiştirilmiştir (6545 SK m.19). 6545 sayılı Kanun 28.06.2014 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanmış ve aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. 20 Temmuz 2016 tarihinde bölge idare mahkemeleri faaliyete geçirilmiş ve bu tarihten sonra verilen ilk derece mahkemesi tarafından verilen bazı nihai kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulmaya başlanmıştır.³

2577 sayılı Kanunun "istinaf" başlıklı 45. maddesinde, istinaf başvurusu üzerine istinaf mercii tarafından verilebilecek kararlar ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Bu kararlar sırasıyla, istinaf başvurusunun reddine, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve esastan karar verilmesine şeklindedir. Yine ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusu haklı bulunursa, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve dosyanın mahkemeye gönderilmesine karar verilir (m. 45).

2577 sayılı Kanunun "istinaf" başlıklı 45. maddesinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve dosyanın mahkemeye gönderilmesi kararı gerektiren sebepler tahdidi olarak sayılmıştır. Ancak idari yargı uygulamasında istinaf daireleri, kanunda öngörülmeyen bir çok sebebe dayanarak gönderme kararları vermektedir.

İdari yargıda istinaf kanun yolunun yeni uygulanmaya başladığı da dikkate alındığında, istinaf dairelerince verilen kanunda öngörülmeyen gönderme karar-

¹ Hüseyin Bilgin, *99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi*, Ankara 2016, s. 22.

² 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler hakkında bilgi için bkz. Hüseyin Bilgin, "Beşinci Yargı Paketiyle İdari yargıdaki Son Değişiklikler Hakkında Bir İnceleme", *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S. 2, s.149-186.

³ Konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz. İvedi yargılama usulüne tabi olan davalarda istinaf yoluna başvurulamaz (İYUK m. 45).

larının nedenleri, hukuka uygunluğu, bu kararların bağlayıcılığı, bu kararlara karşı kanun yolu, konuyla ilgili istinaf kanun yolunda mevzuat değişikliği gerek- kip gerekmediğinin ayrıntılı olarak incelenmesi amaçlanmaktadır.

1. GENEL OLARAK İDARİ YARGIDA İSTİNAF KANUN YOLU

İstinaf, arapça kökenli bir kelimedir ve yeniden başlamak anlamına gelmek- tendir.⁴ İstinaf, yargılama usulünde bir kanun yoludur.⁵ Anayasada teminat altına alınan adil yargılanma hakkı (m. 36), hukuki korunmayı da gerektirmektedir.⁶ Bu anlamda adil yargılanma hakkının⁷ teminatlarından biri de kanun yollarıdır.⁸

Doktrinde kanun yolları, olağan ve olağanüstü kanun yolları olarak sınıflan- dırılmaktadır. Bu sınıflandırma yapılırken çeşitli kıstaslar esas alınabilmektedir. Bu kıstaslar, “ikinci incelemede maddi olayın tekrar ele alınıp alınmaması”, “ka- nunda gösterilen nedenlere bağlı olma” veya “kararın şekli anlamda kesinleşip kesinleşmediği” şeklinde gösterilebilir. Çoğunluk görüşüne göre, yargı merciince verilen kararın kesinleşmesini önleyen kanun yolu olağan, kesinleşen yargı kara- rına karşı başvurulması kabul edilen kanun yolu olağanüstü kanun yoludur.⁹

Türk idari yargılama usulünde kanun yolları istinaf, temyiz, kanun yararına temyiz ve yargılamanın yenilenmesidir. İstinaf, ilk derece mahkemesinin bazı nihaî kararlarına karşı başvuru, hukukî ve maddi denetimin yapıldığı bir kanun yoludur.¹⁰ İstinaf kanun yolu, olağan bir kanun yoludur.¹¹ İstinaf aşama-

⁴ Necip Bilge, “Üst Mahkemeler”, *Sabri Şakir Ansay’a Armağan*, Ankara 1964, s. 62; Hakan Pekcanitez, “İstinaf Mahkemeleri”, *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Makaleler*, İstanbul 2016, C. II, s. 224; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul 2018, s. 2203.

⁵ Mustafa Avcı, “İdari Yargıda İstinaf”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, S. 96, s. 181.

⁶ Selda Taner, “Vergi Yargısında İstinaf Üzerine Bir Değerlendirme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, S. 136, s. 186.

⁷ Adil yargılanma hakkında geniş bilgi için bkz. Osman Doğru/Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, Ankara 2012, s. 609-656; Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ankara 2013, s. 209-284; Hüseyin Bilgin, *İdari Yargı İçin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulama Rehberi*, Ankara 2017, s. 85-89.

⁸ Tolga Akkaya, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf*, Ankara 2009, s. 26.

⁹ A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, C. II, Ankara 2016, s. 1002; Zehra Odyakmaz, *Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, İstanbul 1993, s. 7.

¹⁰ İstinaf kanun yolu hakkında geniş bilgi için Ali Rıza Çınar, “İstinaf”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, 2010, Y. 2, S. 8, s. 14-15; Turan Yıldırım, *İdari Yargı*, İstanbul, 2010, s. 513; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Şerhi*, Ankara 2013, s. 1478; Deniz Meraklı Yayla, *Medeni Usul Hukuku’nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması*, Ankara 2014, s. 19; Sami Özgür Memişoğlu, “Hukuk Yargılama Usulünde İstinafa Başvuru Usulü ve İstinafta Yeni Vakıa ve Delillere Dayanılması”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2012, C. 10, S. 113, s. 78; Mert Namlı, “İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2016, S. 36, s. 121; Murat Özgür Çiftçi, *Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf*, Ankara 2016, s. 10 vd.

¹¹ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarına Karşı Kanun Yolları*, Ankara 2017, s. 28.

sında kural olarak kararlar kesin şekilde verilmez, bu kararlar bir üst mahkemenin temyiz incelemesine tabidir.¹² İstinaf kanun yolunun uygulandığı sistem, üç dereceli bir yargılama sistemidir.¹³

28.06.2014 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan ve aynı tarihte yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla, 2576 ve 2577 sayılı kanunlarda değişiklikler yapılmış, idari yargılama usulünde itiraz kanun yolu kaldırılarak “istinaf” kanun yolu getirilmiştir. İtiraz kanun yolu, kanunda belirtilen sınırlı sayıda kararlara karşı gidilebilen istisnai kanun yolu iken, istinaf kanun yolu ise, kanunda öngörülen istisnalar hariç olmak üzere genel başvuru yoludur.¹⁴ Başka kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörülmüş olsa dahi, idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulur (2577 SK m. 45).

2577 sayılı Kanununun 45. maddesine göre idari yargıda istinaf kanun yolu, ilk derece idare ve vergi mahkemesi kararlarına karşı bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde başvurulabilen bir yoldur. Ancak konusu beş bin Türk lirasını (2020 yılı için yedi bin Türk lirası) geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz.¹⁵ İvedi yargılama usulüne tabi olan davalarda da istinaf yoluna başvurulamaz (m. 45).

Diğer kanunlarda, ilk derece mahkemesince verilen kararın kesin olduğu yönünde hüküm bulunması halinde, istinaf yoluna başvurulması olanaklı değildir. Örneğin 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’na göre, sınır dışı etme kararına karşı mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır ve mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir (m.53/3). İdari yargı uygulaması da bu yöndedir.¹⁶

¹² 2577 sayılı Kanununun 46. maddesinde sayılan davalar hakkında, bölge idare mahkemelerince verilen kararlara karşı Danıştay’a temyiz yoluna gidilebilir.

¹³ Çağlayan, a.g.e., s. 263, Avcı, a.g.m., s. 180.

¹⁴ Çağlayan, a.g.e., s. 307.

¹⁵ Mustafa Avcı, *İdari Yargılama Usulündeki Son Yenilikler ve İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu*, Ankara 2017, s. 126.

¹⁶ *Sınırdışı edilme işleminin iptali istemiyle açılan davada verilen mahkeme kararının kesin olduğu, istinaf kanun yoluna tabi olmadığından, istinaf başvuru yoluyla incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle istinaf isteminin incelenmeksizin reddine dair Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, 19/11/2018, E. 2018/1280, K. 2018/1677 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 9. İDD, 12.09.2019, E. 2019/1019, K. 2019/652 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İDD, 13.06.2019, E. 2019/750, K. 2019/955 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, 31.05.2019, E. 2019/514, K. 2019/874 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 20.09.2019.*

İstinaf kanun yolunda yetkili merci, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesidir (İYUK m. 45). İlk derece mahkemelerince verilen ve istinaf yolu açık olan nihai kararlara karşı¹⁷ yapılan istinaf başvurularını inceleyerek karara bağlamak görevi, bölge idare mahkemesi dairelerine aittir.¹⁸

2. İSTİNAF KANUN YOLUNDA VERİLEN KARAR TÜRLERİ

Bölge idare mahkemelerinin istinaf aşamasındaki yetkileri 2576 sayılı Kanunun 3. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 45. ve 48. maddesinde düzenlenmiştir. Bölge idare mahkemeleri istinaf aşamasında, usulden karar verebileceği esastan da karar verebilmektedir.

A. İstinaf Kanun Yolunda Usulden Verilen Karar Türleri

İstinaf dairelerinin yapmış oldukları incelemelerde usul yönünden verdiği kararlar şu şekildedir: istinaf isteminin incelenmeksizin reddi, istinaf edilmemiş sayılması, istinaf isteminin süre yönünden reddi, karar verilmesine yer olmadığı ve gönderme kararlarıdır.

Konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz

¹⁷ Nihai karar olmadığından ara kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulamaz, Oğuz Sancakdar, "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu*, Ankara 2012, s. 2249.

¹⁸ 6545 sayılı Kanunun 103. maddesiyle bölge idare mahkemelerinin görevleri başlıklı 2576 sayılı Kanunun 8. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bölge idare mahkemelerinin görevleri 2576 sayılı Kanuna eklenen 3/A maddesinde yeniden düzenlenmiştir. 2576 sayılı Kanunun 3/A maddesine göre, bölge idare mahkemelerinin görevleri:

"a) İstinaf başvurularını inceleyip karara bağlamak.

b) Yargı çevresindeki idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev ve yetki uyuşmazlıklarını kesin karara bağlamak.

c) Diğer kanunlarla verilen görevleri yapmak.

Diğer taraftan 2576 sayılı Kanuna 3. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 3/D maddesinde ise "bölge idare mahkemesi dairelerinin görevleri şunlardır:

a) İlk derece mahkemelerince verilen ve istinaf yolu açık olan nihai kararlara karşı yapılan istinaf başvurularını inceleyerek karara bağlamak.

b) İlk derece mahkemelerince yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlara karşı yapılan itirazları inceleyerek karara bağlamak.

c) Yargı çevresi içinde bulunan ilk derece mahkemeleri arasındaki görev ve yetki uyuşmazlıklarını çözmek.

d) Yargı çevresi içinde bulunan yetkili ilk derece mahkemesinin bir davaya bakmasına fiilî veya hukukî bir engel çıktığı veya iki mahkemenin yargı çevresi sınırlarında tereddüt edildiği veya iki mahkemenin de aynı davaya bakmaya yetkili olduklarına karar verdikleri hâllerde; o davanın bölge idare mahkemesi yargı çevresi içinde bulunan başka bir mahkemeye nakline veya yetkili mahkemenin tayinine karar vermek.

e) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak." olarak düzenlenmiştir.

(İYUK m. 45/1). Bu davalarda verilen kararlara karşı istinaf yoluna başvurulması halinde, istinaf isteminin incelenmeksizin reddine karar verilir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, *“davacı şirket tarafından fazladan yatırıldığı iddia olunan ve iadesi istenilen munzam aidatın (5.135,00-TL) yeniden belirlenen 6.000 TL’sinin altında olduğu, bu durumda, istinaf istemine esas teşkil eden kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 45’inci maddesine göre istinaf yolu açık olmayan “kesin” kararlardan olduğu anlaşıldığından, istinaf isteminin incelenmesine yasal olanak bulunmadığından, davacının istinaf başvurusunun incelenmeksizin reddine”* karar verilmiştir.¹⁹ İlk derece mahkemesi kararında istinaf kanun yolu açık olduğu belirtilmiş ise dahi, istinaf incelemesi yapılmaz. İstinaf başvurusu incelenmeksizin reddedilir.²⁰

Özel kanun hükmünde, ilk derece mahkemelerinin kararlarının kesin olduğu kurala bağlanması halinde de, kesin nitelikteki ilk derece mahkemesi kararı yapılan istinaf başvurusu incelenmeksizin reddedilir. Örneğin 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 6. maddesinde, para cezalarına karşı itiraz üzerine idare mahkemesince verilen kararların kesin olduğu hükme bağlanmıştır. 2559 sayılı Kanun uyarınca verilen para cezalarına yapılan itiraz üzerine idare mahkemelerince verilen kararlar kesin olduğundan, bu kararlara karşı yapılan istinaf istemi incelenmeksizin reddedilir. İdari yargı uygulaması da bu yöndedir.²¹

Konusu bakımından istinaf kanun yolu açık olan davalarda, ilk derece mahkemesince kararın kesin olarak verildiğinin belirtilmesi ve bu karara karşı istinaf yoluna başvurulması halinde, bölge idare mahkemesince istinaf başvuruları esastan incelenir. Çünkü mahkeme kararındaki kanun yolunun açık olup olmadığına ilişkin ifade, bölge idare mahkemesini bağlamaz.

¹⁹ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 12. İDD, 20.06.2019, E. 2019/920, K. 2019/1247 sayılı kararı; benzer yönde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, 03.09.2019, E. 2019/425, K. 2019/613 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD, 23.05.2018, E. 2018/651, K. 2018/875 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 21.09.2019.

²⁰ Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta *“konusu altı bin Türk lirasını geçmeyen vergi davası hakkında Kayseri Vergi Mahkemesince bölge idare mahkemelerinin göreve başladıkları tarihten sonra verilen karar, her ne kadar mahkeme kararında istinaf yolunun açık olduğu belirtilmiş ise de, kesin olup, bu karara karşı istinaf yoluna başvurulamayacağından, anılan kararın kaldırılmasına yönelik davalı idare isteminin incelenmesine olanak bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle istinaf başvurusunun incelenmeksizin reddine”* dair Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. VDD, 18.09.2019, E. 2019/1347, K. 2019/1422 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 21.09.2019.

²¹ 2559 sayılı Yasanın 6. maddesi uyarınca idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada idare mahkemelerinin kararlarının kesin olduğundan, kesin nitelikte ilk derece Mahkemesi kararına yönelik olarak yapılan istinaf başvurusunun incelenmeksizin reddine dair İzmir Bölge İdare Mahkemesi 6. İDD, 13.06.2019, E. 2019/957, K. 2019/1053 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, 21.12.2018, E. 2018/1778, K. 2018/1891 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 21.09.2019.

Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir.

İstinaf, temyizizin şekil ve usullerine tabidir (İYUK m. 45). İstinaf dilekçelerinin 3'üncü madde esaslarına göre düzenlenmesi gereklidir. Düzenlenmemiş ise eksikliklerin onbeş gün içinde tamamlanması hususu, kararı veren mahkemesince ilgiliye tebliğ olunur. Bu sürede eksiklikler tamamlanmazsa, istinaf isteminde bulunulmamış sayılmasına mahkemesince karar verilir. İstinaf dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin tamamının ödenmemiş olması halinde kararı veren merci tarafından verilecek yedi günlük süre içerisinde tamamlanması, aksi halde istinaf isteminden vazgeçilmiş sayılacağı hususu temyiz edene yazılı olarak bildirilir. Verilen süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, ilgili merci, kararın istinaf edilmemiş sayılmasına karar verir. İstinaf dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin ödenmemiş olduğu, dilekçenin 3'üncü madde esaslarına göre düzenlenmediği, istinaf incelenmesi aşamasında anlaşıldığı hâllerde, eksikliklerin gerekli süre içinde tamamlanmaması halinde, istinaf edilmemiş sayılmasına bölge idare mahkemesi dairesince karar verilir (İYUK m. 48). İstinaf başvurusunun süresinde yapılmadığı hususu, istinaf incelenmesi aşamasında anlaşıldığı hâllerde, istinaf başvurusunun reddine bölge idare mahkemesi dairesince karar verilir (İYUK m. 48).

İstinaf aşamasında çeşitli sebeplere dayanılarak gönderme kararları verilebilmektedir. Örneğin İYUK 45/8 maddesine göre, ivedi yargılama usulü kapsamında görülen davalarda verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Bu kararlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz. Şayet başvurulursa, dosyanın Danıştay'a gönderilmesine karar verilir.²² Diğer gönderme kararlarına örnek olarak, işbölümü nedeniyle diğer istinaf dairesine gönderme, yürütmeyi durdurma istemli olmayan istinaf dilekçesinin karşı tarafa tebliğe çıkarılmaması

²² "İtirazen şikayet başvurusunun reddine dair işlemde kaynaklanan davanın ivedi yargılama usulüne tabi olduğu, istinaf yoluyla Bölge İdare Mahkemesince incelenemeyeceği, temyiz incelemesinin ise Danıştay tarafından yapılması gerektiği, dava dosyasının görüm ve çözümüne görevli olan Danıştay'a gönderilmesine" dair Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İDD, 16.08.2019, E. 2019/2691, K. 2019/1729 sayılı kararı; benzer yönde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 10. İDD, 13.02.2019, E. 2019/257, K. 2019/366 sayılı kararı; "ivedi yargılama konusu bir işleme yönelik olarak açılmış davada verilen kararın doğrudan temyize tabi, istinaf yolu kapalı bir karar olması nedeniyle davalının istinaf başvurusunun incelenmeksizin reddine; temyiz incelemesiyle görevli Danıştaya gönderilmek üzere dava dosyasının Mahkemesine gönderilmesi" yönünde de karar verilebilmektedir, İzmir Bölge İdare Mahkemesi 6. İDD, 11.09.2018, E. 2018/1180, K. 2018/1298 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 21.09.2019.

(dosyasının tekemmül ettirilmemesi) nedeniyle dosyanın mahkemesine gönderilmesi kararları gösterilebilir.²³

B. İstinaf Kanun Yolunda Esastan Verilen Karar Türleri

İstinaf aşamasında verilen esastan kararlar, istinaf başvurusunun reddi ve istinaf başvurusunun kabulüyle işin esas hakkında verilen kararlardır.

Bölge idare mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine karar verir (İYUK 45/3). İstinaf aşamasında, uyuşmazlık maddi ve hukuki yönden incelendikten sonra, karar usul ve esas yönden hukuka uygun bulunursa, istinaf başvurusunun reddine karar verilir.²⁴

İstinaf incelemesinde, ilk derece mahkemesi kararında maddi yanlışlıklar var ve düzeltilmesi mümkün ise gerekli düzeltmeyi yaparak aynı kararı verir (m. 45/3). Maddi hatalar, kararı hukuka aykırı hale getirmiyorsa ve düzeltilmesi mümkün ise, maddi hataların düzeltilerek istinaf isteminin reddine karar verilir. İdari yargı uygulamasında “düzelterek istinaf isteminin reddine” kararı verilmektedir.²⁵

Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir. Bu hâlde bölge idare mahkemesi işin esas hakkında yeniden bir karar verir (İYUK 45/4).

Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını sonucu itibariyle hukuka uygun bulduğu, ancak gerekçesi yönünden hukuka uygun bulmadığı takdirde ne yönde karar verileceğine ilişkin açık bir kanuni düzenleme yoktur. İYUK 45/4.

²³ “Mahkemece davacıların istinaf dilekçesinin davalıya tebliğ edilerek dosyanın tekemmülünün sağlanması gerekirken, söz konusu istinaf dilekçesi davalıya tebliğ edilip, tekemmülü sağlanmadan dosyanın Dairemize gönderildiğinden, davacıların istinaf dilekçesinin davalı idareye tebliğ edilip tekemmülü sağlandıktan sonra Dairemize gönderilmek üzere esas kaydının kapatılarak dosyanın kararı veren mahkemesine gönderilmesine” dair Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, 04.07.2019, E. 2019/451, K. 2019/785 sayılı kararı; Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, 11.07.2019, E. 2019/429, K. 2019/909 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD, 10.09.2019, E. 2019/1009, K. 2019/1242 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 22.09.2019.

²⁴ Çağlayan, a.g.e., s. 331.

²⁵ “İdare Mahkemesince verilen gerekçeli kararda “davanın 02/08/2017 tarihinde açıldığı” şeklinde yer alan kısmının “26/07/2017 tarihi” şeklinde düzeltilmesi gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır. Açıklanan nedenlerle; istinaf başvurusunun reddine, Van 1. İdare Mahkemesi’nin 18/01/2018 gün ve E: 2017/1934, K: 2018/124 sayılı kararının yukarıda belirtildiği şekilde düzelterek onanmasına” dair Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD, 12.07.2018, E. 2018/317, K. 2018/1625 sayılı kararı; “istinaf başvurusunun karar tarihinin “19.01.2017” olarak düzelterek reddine” dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İDD, 05.07.2017, E. 2017/1097, K. 2017/1155 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 22.09.2019.

maddesinin şekli anlamda uygulanması halinde, gerekçe yönünden hukuka aykırı görülen kararın kaldırılması ve işin esası hakkında yeniden karar verilmesi gerekir. Temyiz aşamasında, kararın sonucu hukuka uygun olmakla birlikte gösterilen gerekçeyi Danıştay doğru bulmaz veya eksik bulursa, kararı, gerekçesini değiştirerek onar (İYUK 49/1-a). İstinaf, temyizın şekil ve usullerine tabi olsa da, temyiz üzerine verilecek kararlar başlıklı İYUK 49. maddesinin, istinaf kanun yolu bakımından uygulanması hukuken zordur.²⁶ Çünkü, temyiz üzerine verilecek kararlar başlıklı İYUK 49. maddesi, temyizın şekil ve usulüne ilişkin değildir. İYUK 49. maddesinin istinaf kanun yolu bakımından uygulanması gerektiğini kanun koyucu kabul etse idi, istinafta “maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise gerekli düzeltmeyi yaparak aynı kararın verileceği” yönünde bir düzenleme gereği duymazdı.

2577 sayılı Kanunun istinaf başlıklı 45. maddesinde, verilecek karar türleri tek sayıldığı ve hatta maddi hataların düzeltilerek istinaf isteminin reddine karar verilmesi dahi açıkça düzenlendiği halde, “gerekçenin değiştirilerek istinaf isteminin reddine karar verilmesi” gerektiği yönünde bir kanuni düzenleme yapılmaması, istinaf kanun yolu açısından kanun boşluğunun bir göstergesidir. İdari yargı uygulamasında bölge idare mahkemeleri, gerekçenin yerinde olmadığı veya eksik olduğu durumlarda “gerekçeli olarak istinaf isteminin reddine” karar vermektedir. Bir uyumsuzlukta “*istinafa konu idare mahkemesi kararının kaldırılmasını gerektiren bir neden bulunmadığından istinaf başvurusunun yukarıda açıklanan gerekçeyle reddine*” kararı verilmiştir.²⁷ Bölge idare mahkemesince gerekçesi hukuka aykırı görülen kararlarda “gerekçeli istinaf isteminin reddi” kararlarının kanuna uygun olarak verilen kararlar olmadığı söylemek mümkündür. Bu tür durumlarda istinaf isteminin kabulü, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasıyla işin esası hakkında benimlenen gerekçeyle yeniden bir karar verilmesi gerekir. Ancak böyle bir durumda da, istinaf başvurusu kabul edilen tarafın aleyhine karar verilecektir. Çünkü ilk derece mahkemesi kararı, sadece gerekçe değiştirilmek amacıyla kaldırılmaktadır.

Bazı durumlarda ise, ilk derece mahkemesi kararının gerekçesi hukuka uygun olmakla birlikte, bölge idare mahkemesi, mevcut gerekçenin daha güçlü bir gerekçeyle değiştirilmesi yönünde karar verebilmektedir. Bu durum, genellikle ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davalarda verilen iptal kararlarında görülmektedir. Örneğin ilk derece mahkemesince, ödeme emri konusu alacağın usulü-

²⁶ Aynı görüşte Turgut Candan, “İstinaf Başvurusu, İlk Derece Mahkemesinin Kararının Gerekçesi Değiştirilerek Reddedilebilir mi”, <https://turgutcandan.com/page/2>, erişim tarihi 03.10.2019.

²⁷ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, 12.09.2019, E. 2019/485, K. 2019/1483 sayılı kararı; benzer yönde Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, 11.09.2019, E. 2019/1245, K. 2019/1518 sayılı kararı; Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, 04.09.2019, E. 2018/2235, K. 2019/1112 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. VDD, 18.07.2019, E. 2019/1742, K. 2019/2013 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, 27.06.2019, E. 2019/960, K. 2019/1078 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 22.09.2019.

ne uygun kesinleştirilmeden tahsilinin hukuka aykırı olduğu yönündeki iptal kararının gerekçesi, bölge idare mahkemesince, adına ödeme emri düzenlenen ilgilinin borçtan sorumlu olmadığı gerekçesiyle değiştirilerek, istinaf isteminin reddine karar verilebilmektedir.²⁸ Diğer idari davalarda da bu usule başvurulması mümkündür. Burada, hukuka aykırı görülen bir karar gerekçesi bulunmadığından, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması söz konusu olamaz. Yürürlükte bulunan kanun hükümlerine göre, ilk derece mahkemesi kararının sonucu hukuka uygun olmakla birlikte, gerekçesinin hukuka uygun olup olmadığına göre istinaf aşamasında farklı kararlar verilmesi gerektiği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bunun ana nedeni ise, temyizde olduğu gibi istinaf aşamasında da, bölge idare mahkemesinin ilk derece mahkeme kararının gerekçesini değiştirerek karar verebilmesine olanak tanıyan açık bir düzenlemeye kanunda yer verilmemesidir. Bu nedenle, 2577 sayılı Kanunun 45/4. maddesinde değişiklik yapılmalı, bölge idare mahkemesine, ilk derece mahkeme kararının gerekçesini değiştirerek istinaf isteminin reddine karar verebilmesine olanak tanıyan açık bir düzenleme yapılmalıdır.²⁹

Bölge idare mahkemeleri, istinaf incelemesinde vakıa mahkemesi yetkilerine sahiptir. Bu kapsamda bölge idare mahkemeleri, ilk derece mahkemesi gibi uyuşmazlık konusu olayın çözümü için maddi yönden hür türlü araştırma ve inceleme yetkisine sahiptir. Bu yönüyle istinaf incelemesi, temyiz incelemesinden ayrılmaktadır. Taraflar istinaf aşamasında yeni iddialar ve yeni deliller ileri sürebilir. İstinaf merci tarafların sunduğu delilleri serbestçe değerlendirebileceği gibi, maddi olayın tespiti ve uyuşmazlığın aydınlatılması için kendiliğinden de diğer her türlü araştırmayı yapabilir. İstinaftaki incelemenin maddi yönünün, mahkeme kararını gerekçeli olarak onama yetkisini istinaf merciine verdiği, bu nedenle bir kanun değişikliğine ihtiyaç olmadığı akla gelebilir. Ancak istinafta ilk derece mahkeme kararının gerekçeli olarak onanması durumu, istinafin maddi yönünden çok hukuki boyutuyla ilgili olduğu düşüncesindeyiz. Hatta gerekçeli onama, istinafta karar verme usuli ile ilgili bir durumdur. Diğer bir anlatımla istinaf merciince benimsenen gerekçenin karara yansması, ilk derece mahkeme kararının kaldırılması suretiyle mi yoksa doğrudan mı olacağıyla ilgilidir. İstinaf aşamasında ilk derece mahkeme kararının gerekçesinin değiştirilmesi, istinafin maddi yönüyle ilgili olmadığından, bölge idare mahkemesine, ilk derece mahkeme kararının gerekçesini değiştirerek istinaf isteminin reddine karar verebilmesine yetkisi kanun değişikliğiyle verilmelidir.

²⁸ Konya Bölge İdare Mahkemesi 3. VDD, 02.07.2019, E. 2018/1428, K. 2019/1140 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2. VDD, 25.05.2018, E. 2018/457, K. 2018/646 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 22.09.2019.

²⁹ Candan'a göre kanunda boşluk bulunmamakta, istinaf merciince, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılarak, doğru gerekçeyle yeniden verilmesini kanun koyucu istemiştir.

Bölge idare mahkemesi ilk derece mahkemesinin esastan verdiği kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir. Bu hâlde bölge idare mahkemesi işin esası hakkında yeniden bir karar verir (İYUK 45/4). Bölge idare mahkemesi işin esası hakkında davanın reddi yönünde karar verebileceği gibi, işlemin iptali tazminat isteminin kabulü yönünde de karar verebilir.

Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesinin esastan verdiği kararı hukuka aykırı bulur ve davada usul yönünden bir karar verilmesi gerektiği kanaatine varması halinde ne yönde karar verecektir. Örneğin ilk derece mahkemesince verilen iptal kararının hukuka uygun bulunmadığı ve davanın süreden reddi gerektiği kanaatine varılması halinde, bölge idare mahkemesince davanın süre aşımı yönünden reddedilip edilmeyeceği önem arz etmektedir. İdari davalarda usulden karar verilmesini gerektiren bir sebep mevcut ise esas hakkında karar verilmez. Usulden karar verilmesini gerektiren sebep ilk inceleme konularına ilişkin ise, İYUK 14'teki sıranın takip edilmesi gerekir.³⁰ İlk inceleme konularından olmayan örneğin davanın açılmamış sayılması veya dava dilekçesinin iptali gibi usuli sebeplerin bulunması halinde de esastan karar verilmez.

2577 sayılı Kanununun 45/4. maddesi uyarınca bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkeme kararını kaldırdıktan sonra işin esası hakkında yeniden bir karar verebilir. Bölge idare mahkemesince işin esası hakkında yeniden verilen karardan, sadece uyumsuzluğun esasına yönelik verilen kararların mı kastedildiği, yoksa usulden verilecek kararlarında mı kastedildiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Kanun koyucunun, işin esası hakkında yeniden verilecek karar ifadesiyle, uyumsuzluğun esasına yönelik verilecek kararları amaçladığını söylemek mümkündür. İlk derece mahkemesinin esastan verdiği kararın, istinaf aşamasında hukuka uygun bulunmayarak kaldırıldığı ve usulden karar verilmesi gereken hallerde, ne yönde karar verileceği noktasında kanunda boşluk bulunmaktadır. Davaların en az giderle görülmesi gerektiği yönündeki Anayasal ilke uyarınca, bu halde bölge idare mahkemesi ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp usulden karar verebilmelidir. Nitekim idari yargı uygulaması da bu yöndedir. Konuya ilişkin bir uyumsuzlukta, “*dava konusu planın iptali yolundaki ilk derece mahkemesi kararında hukuki isabet görülmediğinden, istinaf talebinin kabulüne, idare mahkemesi kararının kaldırılmasına, davanın süre aşımı nedeniyle reddi*” yönünde karar verilmiştir.³¹

³⁰ Turgut Candan, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara 2015, s. 660.

³¹ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD, 12.09.2019, E. 2019/1085, K. 2019/1478 sayılı kararı; benzer yönde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1. VDD, 18.07.2019, E. 2019/1630, K. 2019/1876 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, 10.10.2018, E. 2018/996, K. 2018/860 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 23.09.2019.

3. İSTİNAF KANUN YOLUNDA VERİLEN GÖNDERME KARARLARI

İdari yargıda istinaf kanun yolu, 20.07.2016 tarihinden itibaren fiilen uygulanmaya başlamıştır. İstinaf aşamasında verilen karar türünden biri de gönderme kararlarıdır. Gönderme kararı, istinaf uygulamasında sık başvuru olan bir karar türüdür. İstinaf kanun yolunda gönderme kararı gerektiren durumların bir kısmı kanunda açık olarak öngörüldüğü halde, bir kısım gönderme kararlarının ise kanuni dayanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle, istinaf kanun yolunda verilen gönderme kararlarını, sebebi ve dayanağı kanunda öngörülen gönderme kararları ile kanunda öngörülmeyen gönderme kararları olarak iki ayrı başlık altında incelenmesi konunun daha kolay anlaşılmasına katkı sağlayacaktır.

A. Kanunda Öngörülen Gönderme Kararları

Kanunda öngörülen bir çok sebebe dayanılarak gönderme kararı verilebilmektedir. İlk inceleme üzerine verilen kararların istinaf başvurusunun haklı bulunması, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak gönderme kararı verilebileceği gibi (İYUK m. 45/5), kanunda öngörülen diğer sebeplere dayanılarak da gönderme kararı verilebilmektedir.

a. İlk İnceleme Üzerine Verilen Kararlarda

İdari yargılama usulünde dava dilekçeleri, Danıştay'da daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından, a) Görev ve yetki, b) İdari merci tecavüzü, c) Ehliyet, d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, e) Süre aşımı, f) Husumet, g) 3 ve 5'inci maddelere uygun olup olmadıkları, yönlerinden sırasıyla incelenir (İYUK m. 14/3).

İlk inceleme üzerine, adli yargının görevli olduğu konularda, davanın görev yönünden reddine; idari yargının görevli olduğu konularda ise görevli veya yetkili olmayan mahkemeye açılan davanın görev veya yetki yönünden reddedilerek dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verilir. Ehliyet ve süre aşımı yönünden kanuna aykırılık görülmesi ve idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem bulunmaması halinde davanın reddine karar verilir (İYUK m. 15). İdari merci tecavüzü bulunması halinde, dava dilekçesinin görevli idare merciine tevdiine karar verilir (m. 15).

Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulması hâlinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Bölge idare mahkemesinin bu fıkra uyarınca verilen kararları kesindir (İYUK 45/5).

İlk inceleme üzerine, idari yargının görevli olduğu konularda davanın görev ve yetki yönünden reddine, davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması halinde, dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğine ve dava dilekçesinin reddine ilişkin kararlara karşı istinaf veya temyiz yoluna başvurulamaz (İYUK m. 15). Dolayısıyla İYUK 45. maddesinde, ilk inceleme üzerine verilen kararlardan kastedilen, istinaf kanun yolu açık olan kararlardır.

İdari yargı istinaf uygulamasında, kanunda öngörülen gönderme kararı genellikle, ilk inceleme üzerine verilen kararlara ilişkin olarak verilmektedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, “Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğunu öngören Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye rağmen, davalı idare tarafından davacıya gönderilen ... işleminde davacının hangi kanun yolları ve mercilere başvurabileceği ve dava açma süreleri belirtilmediğinden, idarenin doğru bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve hak arama özgürlüğünün ihlâl edilmiş olması karşısında ... sayılı işlemin davacıya tebliğ edildiği tarihte dava açma süresinin işlemeye başlamadığı anlaşıldığından, davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmesinde usul hükümlerine uygunluk bulunmadığı, ... istinaf başvurusunun kabulüne, ... İdare Mahkemesince ... sayılı kararın kaldırılmasına, 2577 sayılı Kanununun 45. maddesi uyarınca yukarıda belirtilen husus göz önünde bulundurularak yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesi” yönünde karar verilmiştir.³²

Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulması hâlinde, zorunlu olarak, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye göndermesi mi gerektiği, yoksa uyuşmazlıkta başka bir ilk inceleme sebebine dayalı usûle ilişkin karar verilmesi gerektiği kanaatine varması halinde, istinaf başvurusunu gerekçeli olarak reddetme yetkisi olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir. Mesela, ehliyet yönünden davanın reddine dair karar bölge idare mahkemesince hukuka aykırı bulunması halinde, davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle istinaf başvurusunun reddinin mümkün olup olmadığı bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Kanunun lafzından, bölge idare mahkemesinin ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulması hâlinde, zorunlu olarak gönderme kararı vermesi gerektiğini söylemek mümkündür. Öte yandan istinaf kanun yolunda, gerekçeli olarak istinaf isteminin reddedileceği yönünde açık bir kanuni düzenleme de bulunmamaktadır.

³² İzmir Bölge İdare Mahkemesi 6. İDD, 30.04.2019, E. 2019/386, K. 2019/755 sayılı kararı; benzer yönde Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD, 29.01.2019, E. 2019/127, K. 2019/100 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, 14.09.2018, E. 2018/996, K. 2018/828 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 23.09.2019.

Ancak bu uygulama, yargılamanın uzamasına sebebiyet verecektir. Bu konuda kanunda boşluk bulunmaktadır. Nedeni ise, kanun koyucunun bu ihtimali öngörmeden düzenleme yapmış olduğu düşüncesindeyiz. İdari yargı uygulamasında, ilk inceleme üzerine verilen kararın bölge idare mahkemesince hukuka aykırı bulunması halinde, başka bir ilk inceleme sebebine dayalı olarak gerekçeli istinaf başvurusunun reddine karar verilmektedir. Konuya ilişkin bir uyumsuzlukta “*dava konusu işlemlerin; ... idari davaya konu olacak tek yanlı kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem niteliği taşımadığı hususları dikkate alındığında 2577 sayılı Kanununun 14. maddesinin (3-d) bendi ile 15. maddesinin (1-b) bendi uyarınca davanın incelenmeksizin reddi yolunda karar verilmesi gerekmekte iken idari davaya konu olabilecek bir işlem gibi değerlendirilerek davanın süresinde açılmadığı gerekçesiyle süre aşımı nedeni ile davanın reddi yolunda verilen istinafa konu mahkeme kararında sonucu itibariyle hukuka aykırılık bulunmadığından ... davacının istinaf başvurusunun ise yukarıda yer verilen gerekçeyle reddi*” yönünde karar verilmiştir.³³ Bölge idare mahkemesi kararının kanunun lafzına uygun olmadığı, ancak usul ekonomisine uygun olduğu düşüncesindeyiz. Bu nedenle 2577 sayılı Kanununun 45/5. maddesinde değişiklik yapılmalı, bölge idare mahkemesine, ilk inceleme üzerine verilen ve hukuka aykırı bulunan mahkeme kararının gerekçesini değiştirerek istinaf isteminin reddine karar verebilmesine olanak tanıyan bir düzenleme yapılmalıdır.

İstinaf kanun yolu aşamasında, dava daireleri arasındaki farklı uygulamaların veya birbirine aykırı olarak verilen kesin kararların, içtihadı birleştirme yoluyla giderilmesinin hukuken mümkün olmadığı da unutulmamalıdır. Çünkü 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 39. maddesine göre, *İçtihatları Birleştirme Kurulu, dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk görüldüğü veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay Başkanının havalesi üzerine, Başsavcının düşüncesi alındıktan sonra işi inceler ve lüzumlu görürse, içtihadın birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkında karar verir.*

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, Danıştay dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılıkları içtihadın birleştirilmesi yoluyla giderebilir. Bölge idare mahkemesi dava dairelerinin verdikleri kararlar arasındaki aykırılığın giderilmesi, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun görevi arasında değildir.

³³ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, 19.04.2019, E. 2019/1327, K. 2019/1166 sayılı kararı; benzer yönde “2942 sayılı Kanunda belirtilen 30 günlük süre içerisinde açılmadığı anlaşıldığından, davanın kamulaştırma işlemine yönelik kısmının süre aşımı yönünden reddi gerekirken, ehliyet yönünden davanın reddi yolunda verilmiş istinafa konu mahkeme kararında sonucu itibariyle hukuki isabetsizlik görülmediğine” dair Ankara Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, 20.02.2019, E. 2018/1295, K. 2019/125 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 23.09.2019.

b. Görevsiz veya Yetkisiz Mahkemece Bakılan Davalarda

Görev, bir yargı merciinin, uyuşmazlığın konusu bakımından yetkili olması durumunu ifade eder.³⁴ Aynı yargı kolu bakımından görev, bir davanın ilk derece mahkemelerinden hangisi tarafından görüleceği manasında kullanılır.³⁵ İdari yargıda görev,³⁶ idari davaların konusu bakımından idari yargıdaki görevli mahkemeler arasında dağılımı ile ilgilidir.³⁷

Türk idari yargı sisteminde faaliyet gösteren merciler sırasıyla ilk derece mahkemeleri olan idare ve vergi mahkemeleri, istinaf merci olan bölge idare mahkemesi ve temyiz merci olan Danıştay'dır. İdare ve vergi mahkemelerinin görevleri 2576 sayılı Kanunda düzenlenmiştir. Danıştay 2575 sayılı Kanununun 24. maddesinde öngörülen idari davaları ilk ve son derece mahkemesi olarak karara bağlar.

İdari davalarda yer yönünden hangi mahkemenin davaya bakması gerektiği, mahkemenin yetkisini ilgilendirir.³⁸ İdari davalarda yetki, 2577 sayılı Kanun'un 32-37 maddeleri arasında özel olarak düzenlenmiştir.

Davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme tarafından bakılmış olması hâllerinde, bölge idare mahkemesi, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir (İYUK 45/5).

Davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme tarafından bakılmış olması³⁹ nedeniyle gönderme kararı verilmesi için, ilk derece mahkemesi kararının usulden veya esas yönünden verilmiş olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Her iki durumda da gönderme kararı verilir.

³⁴ A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, Ankara 2017, s. 75; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara 2016, s. 176.

³⁵ Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, Nisan 2016, s. 244; Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2019, s. 69.

³⁶ İdari yargıda görev hakkında geniş bilgi için bkz. Yılmaz Dilşat, "İdari Yargıda Görev İş Dağılımı Paradoksu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 4, s. 263-267; Turgut Candan, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara 2015; Celal Karavelioğlu/Erdem Cemil Karavelioğlu, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara 2015; Ramazan Yıldırım, "Türk İdari Yargısında Görev ve Yetki", *Amme İdaresi Dergisi*, 1996, C. 29, S. 3.

³⁷ Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 838.

³⁸ İdari davalarda yetki hakkında geniş bilgi için bkz. Celal Işıklar, "İdari Yargılamada İlk İncelemenin Sıra, Düzen ve Usûlü", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 1, Y. 2, S. 6.

³⁹ Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta "davacı adına kayıtlı alkollü içki satışı yapılan işletmenin satış belgesinin süresinin uzatılması yolundaki başvurunun TAPDK adına zımnen reddi yolunda tesis edilen işlemde kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünde, 2577 sayılı Kanun'un 32. maddesi uyarınca adına işlem tesis edilen makamın bulunduğu yerdeki Ankara İdare Mahkemesi yetkili olduğundan, yetkisiz idare mahkemesince verilen kararda usul kurallarına uygunluk görülmediğine ve ... 2577 sayılı Kanununun 45. maddesi uyarınca yukarıda belirtilen husus göz önünde bulundurulurken yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın davaya bakmakla yetkili ... İdare Mahkemesine gönderilmesine" dair İzmir Bölge İdare Mahkemesi 6. İDD, 26.09.2017, E. 2017/1164, K. 2017/1151 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 24.09.2019.

2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un "Tek hakimle çözümlenecek davalar" başlıklı değişik 7. maddesinin 1. fıkrasında, uyuşmazlık miktarı yirmi beş bin Türk Lirasını aşmayan ve konusu belli parayı içeren idari işlemlere karşı açılan iptal davaları ile tam yargı davalarının idare mahkemesi hakimlerinden biri tarafından çözümleneceği hüküm altına alınmıştır.⁴⁰ Heyet halinde karara bağlanması gereken davanın tek hakim tarafından karara bağlanması veya tek hakim tarafından kararı bağlanması gereken davanın heyet halinde karara bağlanması hali de, davaya görevsiz mahkeme tarafından bakılmış olması olarak kabul edilir. Bu şekilde verilen mahkeme kararı kaldırılarak dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, "tek hakimle çözümlenebilecek parasal sınır ... 2018 yılında yeniden değerlendirilerek artırılarak 36.000,00 (otuzaltıbin) Türk Lirası olduğu, ... davacı tarafından dava konusu yapılan işlemin tutarının 41.000,00 TL olduğu, dolayısıyla İstanbul 10. Vergi Mahkemesi'nde açılan ve 2018 yılında karar verilen davanın heyet halinde karara bağlanması gerekirken, mahkeme hakimliğince karara bağlanmasında hukuka ve usule uygunluk görülmediği, ... davalı idarenin istinaf başvurusunun kabulüne, mahkemesi hakimliği'nin ... kararının kaldırılmasına, yeniden bir karar verilmek üzere 2577 sayılı Yasa'nın 45/5. maddesi uyarınca dosyanın mahkemesine gönderilmesine" karar verilmiştir.⁴¹ Başka bir uyuşmazlıkta "konusu belli bir parayı içeren ve miktar itibarıyla tek hakimle çözümlenecek parasal sınırın altında kalan işbu davanın görüm ve çözümünün tek hakimle yapılması gerekirken heyet halinde karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından, mahkeme kararının kaldırılmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine" karar verilmiştir.⁴²

Karar veren ilk derece mahkemesinin, görevsiz olup olmadığının tam olarak belli olmadığı durumlarda da, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderilebilmektedir. İlk derece yargılama aşamasında, davalı idare tarafından görev itirazında bulunulmasına rağmen, mahkemece, görev itirazı hakkında herhangi bir karar verilmeksizin davanın esasına girilerek veya usulden uyuşmazlık karara bağlanabilmektedir.

⁴⁰ Aynı Kanun'un Ek 1. maddesinde ise, "Bu Kanunun tek hakimle çözümlenecek davalara ilişkin 7. maddesindeki parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirilme oranında artırılması suretiyle uygulanır..." hükmüne yer verilmiştir.

⁴¹ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD, 31.01.2019, E. 2018/3122, K. 2019/170 sayılı kararı; benzer yönde Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD, 16.01.2019, E. 2018/2226, K. 2019/38 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 24.09.2019.

⁴² İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İDD, 08.01.2019, E. 2018/1221, K. 2019/20 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 24.09.2019.

2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 10. ve izleyen maddelerine göre;⁴³ idari yargı yerlerinde, dilekçe ve savunma evresi tamamlanmadan başka bir yargı kolunun görevli olduğu yönünde görev itirazında bulunulması durumunda, mahkemenin yargılama işlemlerini durdurarak öncelikle görev itirazını değerlendirmesi, görev itirazını uygun bulması durumunda davanın görev yönünden reddi, uygun bulmaması durumunda ise; görevlilik kararı vermesi gerekmektedir. Görev itirazında bulunulması durumunda, mahkemenin kendini görevli görmesine rağmen, bu konuda herhangi bir karar vermeden yargılamaya devam etmesi, ilgili tarafın 2247 sayılı Kanun hükümlerine göre olumlu görev uyuşmazlığı çıkarma hakkının fiilen elinden alınması anlamına geleceğinden, bu itiraz karşılanmaksızın yargılamaya devam edilerek verilen kararın usul hükümlerine aykırı olacaktır.

İdari yargı uygulamasında, görev itirazı hakkında herhangi bir karar verilmeksizin, davanın esasına girilerek veya usulden verilen kararlar, görevsiz mahkeme tarafından verilmiş olarak kabul edilmektedir. Bu kararların istinaf incelemesinde bölge idare mahkemesi, görev itirazı karşılanmak ve görev itirazına ilişkin prosedür tamamlanmak amacıyla, görev itirazı çözüme kavuşturulmaksızın verilen kararı kaldırarak dosyayı mahkemesine gönderme kararı vermektedir.⁴⁴ Bu yönde verilen gönderme kararlarının hukuka uygun olmadığı ve

⁴³ 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanununun 10. maddesinin birinci fıkrasında, görev uyuşmazlığı çıkarma; adli, idari ve askeri bir yargı merciinde açılmış olan davada ileri sürülen görev itirazının reddi üzerine, görev konusunun incelenmesinin Uyuşmazlık Mahkemesinden istenmesi olarak tanımlanmış; ikinci fıkrasında, olumlu görev uyuşmazlığı çıkarma, öncelikle görev itirazının idari yargı yerlerinde dilekçe ve savunma evresi tamamlanmadan yapılmış olması ve yargı yerlerinin de kendilerinin görevli olduklarına karar vermiş bulunmaları şartına bağlanmış, üçüncü fıkrasında, görev itirazının yargı merciince yerinde görülerek görevsizlik kararı verilmesi halinde, görev konusunun Uyuşmazlık Mahkemesince incelenbilmesi, temyizden bu kararın bozulmuş ve yargı merciince de bozmaya uyularak görevli olduğuna karar verilmiş bulunmasına bağlı olduğu belirtilmiş, anılan Kanunun "Yargı merciince yapılacak işlemler" başlıklı 12. maddesinde ise, "Görev itirazında bulunan kişi veya makam, itirazın reddine ilişkin kararın verildiği tarihten, şayet bu kararın tebliği gerekiyorsa tebliğ tarihinden, itiraz yolu açık bulunan ceza davalarında ise ret kararının kesinleştiği tarihten başlayarak onbeş gün içinde, uyuşmazlık çıkarılmasını istemeye yetkili makama sunulmak üzere iki nüsha dilekçeyi itirazı reddeden yargı merciine verir. Bu yargı mercii, dilekçenin bir nüshasını ve varsa eklerini yedi gün içinde cevabını bildirmesi için diğer tarafa tebliğ eder. Tebligat yapılan taraf, süresi içinde bu yargı merciine cevabını bildirmezse, cevap vermektен vazgeçmiş sayılır. Yargı mercii, itiraz dilekçesi üzerine verdiği itirazı ret kararını kaldırarak görevsizlik kararı vermediği takdirde; yetkili makama sunulmak üzere kendisine verilen dilekçeyi, alınan cevabı ve görevsizlik itirazının reddine ilişkin kararını, dava dosyası muhtevasının onaylı örnekleriyle birlikte uyuşmazlık çıkarmak isteminde bulunmaya yetkili makama gönderir..." düzenlemesine yer verilmiştir.

⁴⁴ Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta "İdare Mahkemesi tarafından, davalı idarece süresinde verilen savunma dilekçesinde ileri sürülen görev itirazı karşılanmak ve bu husustaki prosedür tamamlanmak suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, görev itirazı çözüme kavuşturulmaksızın verilen kararda hukuka uyarlık bulunmadığı ... istinaf isteminin kabulüne, ... Mahkemesinin ... sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin 5. fıkrası uyarınca kaldırılmasına, yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine" dair Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD,

gereksiz yere yargılamanın uzamasına sebebiyet verdiği düşüncesindeyiz. Çünkü bu aşamada, idari yargının görevsiz olup olmadığı henüz belli değildir. Görev itirazı karşılanmadan verilen ilk derece mahkeme kararını inceleyen bölge idare mahkemesi, şayet davanın adli yargının görevine girdiği kanaatine varması halinde, kaldırma ve İYUK 45/5 maddesine göre dosyayı mahkemesine gönderilmesine karar verme yetkisine sahiptir. Bu karar kesindir ve ilk derece mahkemesini bağlar. Bölge idare mahkemesi, idari yargının görevli olduğu kanaatine varması halinde ise, görev itirazının karşılanması amacıyla dosyayı mahkemesine gönderme kararı yerine, görevlilik kararını kendisinin vermesi yerinde olacaktır. 2247 sayılı Kanun hükümlerine göre, görevlilik kararının idare veya vergi mahkemesi tarafından verilmesi zorunlu değildir. Bu nedenle bölge idare mahkemesi, görev itirazı karşılanmadan verilen kararlarda kendisi görevlilik kararı vermeli, bu karar üzerine, görev itirazında bulunan kişi veya makam uyuşmazlık çıkarılmasının istemesi halinde ise, 2247 sayılı Kanunda öngörülen olumlu görev uyuşmazlığı prosedürü tamamlanmalıdır. Bu şekilde, 2247 sayılı Kanunda öngörülen olumlu görev uyuşmazlığı sonucuna göre, yargılamaya devam edilmeli veya adli yargının görevli olduğu gerekçesiyle İYUK 45/5 maddesine göre dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar verilmelidir.

c. Reddedilmiş veya Yasaklanmış Hâkim Tarafından Bakılan Davalarda

2577 sayılı Kanun'un 31. maddesine göre, hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi konusunda 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yollamada bulunulmuştur. 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 450'nci maddesi ile 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlükten kaldırılmış; anılan Yasanın 447'nci maddesinin 2'nci fıkrasında ise, mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18.6.1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamaların, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılacağı kuralına yer verilmiştir.

Bölge idare mahkemesi, davaya reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir.⁴⁵ Bölge idare mahkemesinin bu fıkra uyarınca verilen kararları kesindir (İYUK 45/5). Gönderme kararı gerektiren bu sebep, idari yargıda uygulama alanı yok denecek düzeydedir. Öte yandan bu sebep kanunda, istinaf inceleme-

10.09.2019, E. 2019/1222, K. 2019/1150 sayılı kararı; benzer yönde İzmir Bölge İdare Mahkemesi 6. İDD, 20.06.2019, E. 2019/1061, K. 2019/1147 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 25.09.2019.

⁴⁵ Serkan Çınarlı, *İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri*, Ankara 2018, s. 82.

sinde gönderme kararı gerektiren haller arasında düzenlememiş olsaydı dahi, ilk derece mahkeme kararının kaldırılıp mahkemesine gönderilmesi mümkündür. Çünkü reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından davaya bakılması, görevsiz hakim veya mahkeme tarafından davaya bakılmış olarak kabulü mümkündür. Bu sebep zaten kanunda gönderme sebepleri arasında sayılmıştır.

Reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılan davanın, kanun yollarından geçilerek ve geçilmeden kesinleşmesi durumunda dahi, yargılamanın yenilenmesi yoluyla davanın yeniden görülmesi olanaklıdır. Çünkü 2577 sayılı Kanunda, çekinmeye mecbur olan başkan, üye veya hakimin katılmasıyla karar verilmiş olması sebebi dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmiştir (m. 53). Reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim, çekinmeye mecbur olan hakim konumundadır.

d. Diğer Haller

2577 sayılı Kanunun 45/8. maddesine göre, ivedi yargılama usulü kapsamında görülen davalarda verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Bu kararlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz. Şayet başvurulursa, dosyanın Danıştay'a gönderilmesine karar verilir.⁴⁶ Bu karar türü de kanunda öngörülen gönderme kararlarından biridir.

B. Kanunda Öngörülme Yen Gönderme Kararları

2577 sayılı Kanunun "istinaf" başlıklı 45. maddesinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve dosyanın mahkemeye gönderilmesi kararı gerektiren sebepler tahdidi olarak sayılmıştır. İstinaf aşamasında bölge idare mahkemelerince, kanunda öngörülen sebeplere dayanılarak gönderme kararları verildiği gibi, kanunda öngörülme Yen bir çok sebebe dayanılarak da dosyanın mahkemesine gönderme kararları verilmektedir. İdari yargıda, istinaf kanun yolu uygulamasının yeni olduğu da dikkate alındığında, istinaf kanun yolunda verilen ve kanunda öngörülme Yen gönderme kararlarının ayrıntılı olarak ele alınması yerinde olacaktır.

İdari yargı kararlarında, kanunda öngörülme Yen sebebe dayanılarak verilen gönderme kararlarının gerekçesi olarak; ilk derece mahkemesinin yerine geçilecek eksiklikler tamamlanmak ve işin esası hakkında karar verilmek suretiyle

⁴⁶ "İtirazen şikayet başvurusunun reddine dair işlem den kaynaklanan davanın ivedi yargılama usulüne tabi olduğu, istinaf yoluyla Bölge İdare Mahkemesince incelenemeyeceği, temyiz incelemesinin ise Danıştay tarafından yapılması gerektiği, dava dosyasının görüm ve çözümüne görevli olan Danıştay'a gönderilmesine" dair Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İDD, 16.08.2019, E. 2019/2691, K. 2019/1729 sayılı kararı, benzer yönde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 10. İDD, 13.02.2019, E. 2019/257, K. 2019/366 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 25.09.2019.



sonuçlandırılması halinde, birden fazla dereceli yargılamanın taraflara sağladığı hukuki güvence ve faydanın ortadan kalkacağı, bu suretle, yargılamanın, kanun koyucunun iradesine de uygun olmayan şekilde, tek derecede gerçekleşmesi sonucunun doğabileceği, 2577 Kanunda açıkça sayılmayan bazı hukuka aykırılık hallerinde de, kaldırma kararları sonrasında, dosyaların ilk derece mahkemelerine gönderilmesine karar verilmesinin adil yargılanma hakkının gereği olduğu belirtilmektedir.⁴⁷

İstinaf kanun yolunda verilen ve kanunda öngörülmeven gönderme kararı gerektiren sebepler, dava dosyasının tekemmül ettirilmemesi, dava konusunun hatalı belirlenerek yargılama yapılması veya kararda eksik hüküm bulunması, duruşma yapılmadan karar verilmesi, davanın açılmamış sayılmasına veya dilekçenin reddine karar verilmesi, dosya işleminden kaldırılmadan karar verilmesi, dava dilekçesini reddi veya merciine tevdi gerektiren sebeplerin bulunması, KVYO veya incelenmeksizin ret kararlarının hukuka aykırı bulunması, eksik veya yanlış hasımla davanın görülmesi, eksik inceleye dayalı olarak karar verilmesi, eksik gerekçeyle veya gerekçe ile hüküm fıkrası arasında uyumsuzluk bulunması, kararda imzanın eksik olması veya görüşme tutanağı ile kararın çelişkili olması ve benzeri usuli durumlar gösterilebilir.

a. Dava Dosyasının Tekemmül Ettirilmeden Karar Verilmesi

2577 sayılı Kanun'un "Tebliğat ve cevap verme" başlıklı 16. maddesinde; "1. Dava dilekçelerinin ve eklerinin birer örneği davalıya, davalının vereceği savunma davacıya tebliğ olunur. 2. Davacının ikinci dilekçesi davalıya, davalının vereceği ikinci savunma da davacıya tebliğ edilir. Buna karşı davacı cevap veremez. Ancak, davalının ikinci savunmasında, davacının cevaplandırmasını gerektiren hususlar bulunduğu, davanın görülmesi sırasında anlaşılırsa, davacıya cevap vermesi için bir süre verilir. 3. Taraflar, yapılacak tebliğlere karşı, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde cevap verebilirler. Bu süre, ancak haklı sebeplerin bulunması halinde, taraflardan birinin isteği üzerine görevli mahkeme kararı ile otuz günü geçmemek ve bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. Sürenin geçmesinden sonra yapılan uzatma talepleri kabul edilmez..." hükmü yer almaktadır.

Dava dosyasının tekemmül etmemesi, davacının ilk veya ikinci dilekçesinin davalıya tebliğ edilmemesinden kaynaklanabileceği gibi, davalının savunma dilekçesinin davacı tebliğ edilmemesinden de kaynaklanabilir. Tarafların birden

⁴⁷ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. VDD, 18.07.2019, E. 2019/184, K. 2019/2012 sayılı kararı; benzer yönde İzmir Bölge İdare Mahkemesi 6. İDD, 25.05.2017, E. 2017/725, K. 2017/807 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 25.09.2019.

fazla olması durumunda, tarafın her birine ayrı ayrı tebligat yapılarak tekemmülün sağlanması gerekir. Aksi halde dosya tekemmül ettirilmiş olmaz. Örneğin savunma dilekçesi, davacıardan birine tebliğ edilip diğerine tebliğ edilmemiş ise, dosya tekemmül etmemiş sayılır.

Bazı durumlarda ise, verilen dilekçe (örneğin ara karar cevap dilekçesi) savunma dilekçesi olarak nitelendirilmediği için tebliğe çıkarılmamaktadır. İstinaf dairesi, dilekçeyi savunma dilekçesi olarak nitelemesi halinde, savunma dilekçesinin tebliğ edilmemesi nedeniyle dosyanın tekemmül etmediği sonucu ortaya çıkacaktır. Bu tür durumlarda, verilen dilekçenin içeriği önem arz etmektedir. Çünkü verilen dilekçe, savunma veya cevap dilekçesi adı altında verilmemekte, ara karara cevap dilekçesi veya ek beyan dilekçesi adı altında verilmektedir. Ancak dilekçenin içeriğinden, tebliğe çıkarılması gereken savunma veya cevap dilekçesi olduğu anlaşılabilir. ⁴⁸ Bu gibi durumlarda, dava dosyası tekemmül ettirilmeden esastan karar verilebilmektedir.

İstinaf incelemesinde bölge idare mahkemeleri, ilk derece mahkemesince dava dosyasının 2577 sayılı Kanununun 16. maddesi uyarınca tekemmül ettirilmeden esastan karar verilmesi halinde, bu durumu usul hükümlerine aykırılık olarak nitelermekte ve istinafa konu mahkeme kararını kaldırarak, dosyanın tekemmül ettirilip yeniden karar verilmek üzere mahkemesine gönderme kararı vermektedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta *“işin esası hakkında karar verilebilmesi için dosyanın usulünce tekemmül ettirilmesi gerektiği için, dosyanın usulünce tekemmül ettirildikten sonra davanın esasının karara bağlanmasını teminen, dosya tekemmül etmeden verilen iş bu istinaf konusu kararın kaldırılması ve dosyanın mahkemesine gönderilmesi gerektiği”* yönünde karar verilmiştir. ⁴⁹

2577 sayılı Kanunun 45/5. maddesinde, istinaf incelemesi sonucunda işin esası hakkında karar verilmeyip, kaldırma kararı sonrasında dosyanın mahkemesine gönderileceği durumlar tahdidi olarak sayılmıştır. Bu durumlar ilk ince-

⁴⁸ Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, *“her ne kadar mahkeme kararında davalı idarelerce savunma dilekçesi verilmediği, ara kararına cevaben bilgi belge sunulduğu belirtilmiş ise de, davalı ... Kaymakamlığı'nın mahkemece 30 gün olarak belirlenen savunma süresi içinde mahkemeye sunduğu .. ve “davaya konu işlemlerde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı” iddiasını içeren dilekçenin savunma dilekçesi mahiyetinde olduğunun kabulü gerektiğinden, işbu savunma dilekçesi davacı tarafa tebliğ edilmek suretiyle dosyanın tekemmül ettirilmesi gerekmekte iken tebliğ edilmediği, böylece dosya tekemmül ettirilmeden karar verildiği ... istinaf başvurusunun kabulü ile ... İdare Mahkemesinin ... sayılı kararının kaldırılmasına, ... yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesi”* yönünde Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, 11.07.2019, E. 2019/429, K. 2019/909 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 25.09.2019.

⁴⁹ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD, 06.12.2018, E. 2018/856, K. 2018/1054 sayılı kararı; benzer yönde Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, 31.10.2018, E. 2017/2860, K. 2018/3228 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD, 29.04.2019, E. 2019/78, K. 2019/458 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, 17.10.2018, E. 2018/895, K. 2018/1410 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 25.09.2019.

leme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunun haklı bulunması, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olmasıdır.

İstinaf incelemesi sırasında, 2577 sayılı Kanunun 45/5. maddesinde sayılan ve usul kurallarına aykırı verilen kararlara yönelik başvurunun incelenmesinde, açık kanuni düzenlemeye yer verilirken; ilk derece mahkemesinin “dava dosyasının tekemmülüne” ilişkin usul kurallarına aykırı olarak verdiği kararlara yönelik başvuruların incelenmesi ve verilecek kararlar bakımından, 2577 sayılı Kanunda açık bir kuralın yer almadığı, bu bakımdan “yasal boşluk” bulunduğu ileri sürülmektedir.⁵⁰ Bu görüşün aksini savunmak da mümkündür. Çünkü 2577 sayılı Kanunun 45/5. maddesinde, istinaf incelemesi sonucunda, kaldırma kararı sonrasında dosyanın mahkemesine gönderileceği durumlar tahdidi olarak sayılmıştır. 2577 sayılı Kanun’un 45/4. maddesi uyarınca ise, bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir. Bu hâlde, bölge idare mahkemesi, işin esası hakkında yeniden bir karar verir. 2577 sayılı Kanun’un 45/5. maddesinde sayılan durumlar dışındaki tüm hallerde, ilk derece mahkemesi kararı ister usulden ister esastan hukuka aykırı bulunsun, bu kararın kaldırılmasını ve bölge idare mahkemesince işin esası hakkında yeniden bir karar verilmesini kanun koyucunun amaçladığı söylenebilir. Kanunun lafzından bu yoruma ulaşmak mümkündür.

2577 sayılı Kanun’un 45/5. maddesinde gönderme kararı gerektiren sebeplerin ortak özelliği, ilk derece mahkemesince verilen kararların esastan verilmemiş olması ya da esastan da olsa usulden de olsa mahkemece verilmemesi (davaya görevsiz veya yasaklanmış hakimin bakması gibi) gerektiğidir. Burada kanun koyucu, esastan verilmeyen ilk derece mahkemesi kararlarının kaldırılarak mahkemesine gönderilmesi ve bu şekilde mahkemesince esastan karar verilmesini amaçladığı söylenebilir.

2577 sayılı Kanun’un 45/5. maddesinde sayılan durumlar dışındaki tüm hallerde ise, ilk derece mahkemesince esastan karar verildiğinden hareket eden kanun koyucu, bilerek, bölge idare mahkemesince hukuka uygun bulunmayan kararın kaldırılmasını ve işin esası hakkında yeniden bir karar verilmesini amaçladığını söylemek mümkündür. “bölge idare mahkemesi işin esası hakkında yeniden bir karar verir” ifadesinden bu sonuca ulaşmak mümkündür. İlk derece mahkemesi kararı, ister usule aykırılıklar nedeniyle hukuka aykırı bulunsun ister esas yönünden hukuka aykırı görülsün, kararın kaldırılmasını, usûli eksik-

⁵⁰ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 6. İDD, 30.05.2019, E. 2019/438, K. 2019/1027 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 25.09.2019.

liklerin giderilmesini, gerekli araştırmanın yapılmasını ve ihtiyaç duyulması hâlinde kararı veren mahkeme veya başka bir yer idare ya da vergi mahkemesi ile istinabe olunmasını, akabinde ise, işin esası hakkında yeniden bir karar verilmesini amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu açıdan bakılırsa, ilk derece mahkemesince, dava dosyasının 2577 sayılı Kanununun 16. maddesi uyarınca tekemmül ettirilmeden esastan karar verilmesi halinde, usul hükümlerine aykırı bulunan karar kaldırılmalı, usuli eksiklik olan dosyanın tekemmülü bölge idare mahkemesi tarafından tamamlanarak, işin esası hakkında yeniden bir karar verilmelidir. Netice itibarıyla ilk derece mahkemesince dava dosyasının 2577 sayılı Kanununun 16. maddesi uyarınca tekemmül ettirilmeden esastan karar verilmesi halinde, kanunda boşluğun bulunmadığını söylemek mümkündür.

Bölge idare mahkemeleri, ilk derece mahkemesinin yerine geçilerek usuli eksiklikler tamamlanmak ve işin esası hakkında karar verilmek suretiyle sonuçlandırılması halinde, birden fazla dereceli yargılamanın taraflara sağladığı hukuki güvence ve faydanın ortadan kalkacağı, bu suretle yargılamanın, kanun koyucunun iradesine de uygun olmayan şekilde, tek derecede gerçekleşmesi sonucunun doğabileceği, bu durumda adil yargılanma hakkını zedeleyeceği görüşündedir.⁵¹ Bu görüşe katılmak hukuken olanaklı değildir. Çünkü kanun koyucu, istinaf incelemesinde belli bir sistematik ile hareket etmektedir. İlk derece mahkemesince işin esasına girilmeden verilen veya esastan da olsa usulden de olsa mahkemece verilmemesi gereken (davaya görevsiz veya yasaklanmış hakimin bakması gibi) kararların yeniden karar verilmek üzere mahkemesine gönderilmesi, esastan verilen kararların hukuka aykırı bulunması halinde, işin esası hakkında yeniden karar verilmesi amaçlanmıştır. İlk derece mahkemesince işin esasına yönelik verilen kararlar yönünden, usule ilişkin aykırılıklar ile esasa ilişkin hukuka aykırılıklar bakımından, farklı şekilde karar verilmesini gerektiren bir durum söz konusu değildir. Her iki durumda da, esastan verilmiş ilk derece mahkeme kararı mevcuttur.

İlk derece mahkemesince esastan karar verilen bir davada, bölge idare mahkemesince usuli eksiklikler tamamlanmak ve işin esası hakkında karar verilmek suretiyle sonuçlandırılması halinde, birden fazla dereceli yargılamanın taraflara sağladığı hukuki güvence ve faydanın ortadan kalkacağı, bu suretle yargılamanın tek derecede gerçekleşeceği itiraz gerekçesi, esasa yönelik hukuka aykırılık sebebiyle işin esası hakkında yeniden karar verilmesi durumları yönünden de geçerlidir. Bu durumda da bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi yerine geçerek karar vermektedir. Örneğin, ilk derece mahkemesinin

⁵¹ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. VDD, 28.06.2019, E. 2019/1679, K. 2019/1831 sayılı kararı; benzer yönde İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2. VDD, 25.05.2017, E. 2018/797, K. 2018/863 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 25.09.2019.

verdiği “davanın reddi” kararı, bölge idare mahkemesince hukuka aykırı bulunursa, kararın kaldırılması ile dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi halinde, yargılamanın tek derecede gerçekleştiği veya üç dereceli yargılamanın iki dereceye düştüğü söylenebilir. Bu nedenle, esastan verilen bir kararın, bölge idare mahkemesince, dosyanın tekemmül etmemesi gibi usul hükümlerine aykırılık sebebiyle kaldırılması halinde, dosyayı mahkemesine gönderilmesini, tek dereceli yargılama yapılmasını engellemek gerekçesine dayandırmanın kanuna uygun olmadığı düşüncesindeyiz. Çünkü kanun koyucu her iki durumda da, bölge idare mahkemesi tarafından işin esas hakkında yeniden bir karar verilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Aksi bir uygulama, kanuna aykırı olacaktır. Bu nedenle, bölge idare mahkemelerinin, ilk derece mahkemesince dava dosyasının 2577 sayılı Kanunun 16. maddesi uyarınca tekemmül ettirilmeden esastan karar verilmesi halinde, bu durumu usul hükümlerine aykırılık olarak niteleyip istinafa konu mahkeme kararını kaldırması ve dosyanın tekemmül ettirilip yeniden karar verilmek üzere mahkemesine gönderme kararı vermesinin kanuna aykırı olduğu düşüncesindeyiz. Zira kanun koyucu, istinaf mahkemelerince yapılan denetimler sonucu kaldırılan kararlarda, kural olarak, temyiz incelemesinden farklı ve istinaf kanun yolunun niteliğine uygun olarak, uyuşmazlığın esas istinaf mahkemesince neticelendirilmek suretiyle, hızlı bir yargılama yapılmasını amaçladığı da unutulmamalıdır.

b. Duruşma Yapılmadan Karar Verilmesi

Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri de Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlenen “yargılamanın açık ve duruşmalı” yapılması ilkesidir.⁵² Yargılamanın açıklığı ilkesinin amacı, yargısal mekanizmanın işleyişini kamu denetimine açarak yargılama faaliyetinin saydamlığını güvence altına almak ve yargılamada keyfiliği önlemektir.

2577 sayılı Kanun'un “Duruşma” başlıkla 17. maddesinin 1. bendinde; Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinde açılan iptal ve yirmibeşbin lirayı aşan tam yargı davaları ile tarh edilen vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları toplamı yirmibeşbin lirayı aşan vergi davalarında, taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılacağı hükmüne, aynı maddenin üçüncü bendinde ise, duruşma talebi, dava dilekçesi ile cevap ve savunmalarda yapılabileceği, dördüncü bendinde ise, Danıştay, mahkeme ve hakim kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebileceği hükmüne yer verilmiştir.

⁵² Inceoğlu, a.g.e., s. 243-247; Feyyaz Gölcüklü/A. Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 2013, s. 288-290.

Bölge idare mahkemeleri, ilk derece yargılama aşamasında tarafların duruşma isteminde bulunmasına karşın, mahkemesince duruşma yapılmadan esas-tan karar verilmesini, usul hükümlerine aykırılık olarak görmekte ve istinafa konu mahkeme kararını kaldırarak, duruşma yapıp yeniden bir karar verilmek üzere, dava dosyasını mahkemesine gönderme kararı vermektedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, “iptal davası olarak görülen mevcut uyuşmazlıkta davacı tarafından dava dilekçesinde duruşma talebinde bulunulduğu ve bu isteminden vazgeçilmediği halde duruşma yapılmaksızın karar verildiği, bu durumda, usul hükümlerine aykırı olarak duruşma yapılmadan verilen istinafa konu kararda bu yönüyle hukuka uyarlık bulunmadığı, ... tarafların istinaf talebinin kabulüne, ... sayılı kararın kaldırılmasına, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere mahkemesine gönderilmesine” karar verilmiştir.⁵³

İlk derece mahkemesince duruşma yapılması⁵⁴ gereken hallerde, duruşma yapılmadan esastan karar verilmesi usul hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır. Ancak bu durum, istinaf incelemesi aşamasında, kararın kaldırılıp dava dosyasının mahkemesine gönderme sebebi sayılmamalıdır. Çünkü 2577 sayılı Kanunda, duruşma yapılmadan karar verilmesinden kaynaklı, dosyanın mahkemesine gönderme sebebi sayılmamıştır. İkinci olarak, yargılamanın devamı olan istinaf aşamasında, bölge idare mahkemesinin de duruşma yapma yetkisi bulunmaktadır. Temyiz ve istinaf aşamasında duruşma yapılması, tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili bölge idare mahkemesi kararına bağlıdır (İYUK m. 17).

Bölge idare mahkemesi, ilk derece yargılama aşamasındaki duruşma yapılması yönündeki usuli eksikliği, istinaf yargılaması aşamasında duruşma yapılmak suretiyle giderme yetkisine sahiptir. Bölge idare mahkemesi, ilk derece yargılama-sında yapılmayan duruşmayı resen de olsa kendisi yaptıktan sonra,⁵⁵ işin esası hakkında karar vermelidir. İstinaf aşamasında duruşma yapıldıktan sonra, esastan veri-

⁵³ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, 28.11.2018, E. 2018/5261, K. 2018/5521 sayılı kararı; benzer yönde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, 19.06.2019, E. 2019/352, K. 2019/502 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 13. İDD, 11.07.2019, E. 2019/875, K. 2019/728 sayılı kararı; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, 12.07.2018, E. 2018/4129, K. 2018/4894 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, 17.05.2019, E. 2019/546, K. 2019/888 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 26.09.2019.

⁵⁴ İdari yargıda duruşma hakkında geniş bilgi için bkz. Celal Işıklar, “İdari Yargıda Duruşma”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, C. 2, S. 4, s. 45-100; Selçuk Hondu, “İdari Yargılama Usulünde Duruşma Yapılması ve Uygulamadaki Durum”, *Danıştay Dergisi*, S. 89, s. 3-16; Mustafa Köksal, “İdari Yargıda Duruşma ve Duruşmaya İlişkin Uygulamadaki Sorunlar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2009, S. 38, s. 139-150; Cafer Ergen, *İdari Yargılama Usulü Kanunu Şerhi*, Ankara 2008.

⁵⁵ İdari yargılama usulünde re’sen araştırma ilkesi hakkında geniş bilgi için bkz. Yücel Oğurlu, “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re’sen Araştırma İlkesi”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1998, C. II, S. 2, s. 121 vd.; Zehreddin Aslan, “Türk İdari Yargı Sisteminde Re’sen Araştırma İlkesi”, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, İstanbul, Ekim 2000, s. 23-24.

len kararın hukuka uygun olduğu kanaatine varılması halinde ise istinaf istemini reddedilmeli, aksi halde kaldırma kararı vererek işin esası hakkında yeniden karar verilmelidir. Bu şekilde yapılacak uygulama, yargılamanın en az masrafla ve kısa sürede yapılmasıyla, adil yargılanma hakkına da hizmet etmiş olacaktır. Ancak uygulamada bölge idare mahkemeleri, ilk derece yargılama aşamasında duruşma yapılmamasını gönderme sebebi olarak görmesi nedeniyle, 2577 sayılı kanunda değişiklik yapılmalı ve duruşma yapılmaması halinde, dosyanın mahkemesine iade edilip edilmeyeceği konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmelidir.

c. İhbar Yapılmadan Karar Verilmesi

İYUK 31. maddesinde, davanın ihbarı konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine atıf yapılmış ve davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılacağı kurala bağlanmıştır. Görülmekte olan bir davada taraflardan birisinin, kendisine yardım etmek üzere davaya katılmasını veya kendisini davada temsil etmesini sağlamak amacıyla üçüncü kişiye davayı haber vermesine, davanın ihbarı⁵⁶ denir (HMK m. 61).

Taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir (HMK m. 61/1). HMK 357. maddesine göre “*Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinde karşı dava açılmaz, davaya müdahale talebinde bulunulamaz*”. Bu hükümden hareketle idari yargıda istinaf aşamasında, davanın ihbarı ve davaya müdahale imkanının olmaması gerektiği söylenebilir.⁵⁷ İdari yargıda bölge idare mahkemeleri de, 6100 sayılı Kanun’da (hukuk muhakemeleri usulünde) “tahkikat sona erinceye kadar” bulunulabileceği belirtildiğinden, idari yargılama usulünde “karar verilinceye kadar” bulunulabileceğinin kabulü gerektiği, buna göre, idari yargıda davaya müdahale isteminde bulunmanın idare ve vergi mahkemelerince nihai karar verilinceye kadar mümkün olduğu, 6100 sayılı Kanun’un 357/1. maddesi uyarınca, istinaf aşamasında davaya müdahale isteminde bulunulamayacağı görüşündedir.⁵⁸ İstinaf

⁵⁶ Davanın ihbarı hakkında geniş bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker, *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul 2018, s. 173; Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara 2015; Ender Türk, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında İdari Yargılama Hukukunda Üçüncü Kişilerin Davaya Müdahalesi”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Eylül 2013, C. 13; Melikşah Yasin, “İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, C. LXIX, S. 1-2; Ahmet Kafalat, “İdari Yargılama Usulü Kanunu’na Göre Üçüncü Şahısların Davaya Katılması (Fer’i Müdahale)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S. 73; M. İlhan Dinç/Turgut Candan, “İdari Yargılama Usulünde Davanın İhbarı (Duyurulması)”, *Danıştay Dergisi*, 1992, S. 84-85.

⁵⁷ Zehra Odyakmaz/Ümit Kaymak / İsmail Ercan, *İdari Yargı*, İstanbul 2011, s. 235; Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 941.

⁵⁸ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD, 29.11.2018, E. 2018/452, K. 2018/2580 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 26.09.2019.

kanun yolunda davanın ihbarı ve müdahale isteminin kabulü yönünde karar veren bölge idare mahkemesi kararı bulunsa⁵⁹ da, uygulamada ağırlık görüş aksi yöndedir.

Bölge idare mahkemeleri, ilk derece yargılama aşamasında “davanın ihbarı” gereken hallerde, ihbar yapılmadan karar verilmesi halinde, usul hükümlerine aykırı bulunan kararı kaldırarak, davanın ihbarı yapıp, ihbar usulü işletildikten sonra yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar vermektedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, “2577 sayılı Yasanın 31. maddesi uyarınca İdare Mahkemesince ilgili doktora davanın ihbar edilmesi ve ihbar müessesesine ilişkin usuller uygulandıktan sonra yargılamaya devam edilmesi gerekirken bu usule uyulmadan karar verilmesi sebebiyle kararda hukuka uyarlık görülmediği, ... istinaf konusu kararın kaldırılmasına, resen davanın ihbarı yapıp ihbar usulü işletildikten sonra yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine iadesine” karar verilmiştir.⁶⁰ İstinaf kanun yolu aşamasında, davanın ihbarı ve müdahale isteminde bulunulmadığı yönündeki doktrindeki ve uygulamadaki ağırlık görüş, bu uygulamayı desteklemektedir.

Danıştay da, ilk derece yargılama aşamasında gereken hallerde davanın ihbar edilmesinin, usul yönünden bir zorunluluk olduğu, davayla ilgili olanlara davanın mutlaka ihbar edilmesi gerektiği, esastan verilen kararların bu sebeple bozulması gerektiği görüşündedir.⁶¹

⁵⁹ “dava konusu işlemin niteliği dikkate alındığında, bakılan davayla ilgili olarak verilecek kararın müdahil olma (davalı yanında) isteminde bulunan tarafın menfaatini etkileyebileceği sonucuna ulaşıldığından, yukarıda anılan kural uyarınca ...’ün davalı idare yanında müdahale talepleri kabul edilerek işin esasına geçildi” yönünde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 7. İDD, 01.07.2019, E. 2019/233, K. 2019/1151 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 26.09.2019.

⁶⁰ Konya Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD, 30.05.2019, E. 2018/1587, K. 2019/710 sayılı kararı; benzer yönde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, 21.06.2019, E. 2019/987, K. 2019/1090 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İDD, 16.05.2019, E. 2019/898, K. 2019/1139 sayılı kararı; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, 19.10.2018, E. 2018/1519, K. 2018/5506 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD, 26.06.2019, E. 2019/325, K. 2019/561 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 26.09.2019.

⁶¹ D. 8. D., 18.12.2015, E. 2015/11587, K. 2015/12472 sayılı kararı, bu kararda “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2. Dairesi’nin 9.12.2008 tarihli Menemen Minibüsçüler Odası-Türkiye davasında, yargıya erişim hakkının sadece yargılanma hakkından ibaret olmadığı, haklarına müdahale edilen bir kimsenin açık ve kesin bir şekilde bu işleme itiraz edebilmesinin erişim hakkının etkin olabilmesi için gerekli olduğu; üçüncü şahısların müdahil olma yöntemlerinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na bırakıldığını, ancak İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesinin özü itibarıyla, hakimin ilgili tüm kişilere açılan idari davaları resen bildirmesi gerektiği hükmünün yer aldığı, bu maddedeki çok açık ifadelerle rağmen, başvuranın ulusal mahkemeler tarafından söz konusu dava hakkında bilgilendirilmediği, başvuranın ilk yargılamanın ancak temyiz safhasında müdahil olabildiği, esas hakimi önünde kendisini savunmasına imkân verilmediği, Danıştay önünde bir itiraz davasının kabul edilebilirlik şartlarının kurallara bağlı ve sınırlı sayıda (numerus clausus) olması nedeniyle Danıştay önünde de esasa ilişkin görüşlerini dile getiremediği, ulusal mahkemelerin İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesindeki usul hükümlerini yerine ge-

İlk derece yargılama aşamasında “davanın ihbarı” gereken hallerde, ihbar yapılmadan karar verilmesi halinde, usul hükümlerine aykırılık bulunduğu açıktır. Bu usuli eksikliğin, yargılama sonlandırılmadan önce, davanın ihbarı yapılmak suretiyle giderilmesi gerekmektedir. Ancak istinaf yargılamasında, ilk derece yargılamasında yapılmayan davanın ihbarı, istinaf mercileri tarafından mı yapılacağı yoksa davanın ihbarı için mahkeme kararı kaldırılarak dosyanın mahkemesine mi gönderileceği önem arz etmektedir. Kanaatimce, ilk derece yargılamasında yapılmayan davanın ihbarı, istinaf incelemesi aşamasında, kararın kaldırılıp dava dosyasının mahkemesine gönderme sebebi sayılmamalıdır. Çünkü 2577 sayılı Kanunun 45/5. maddesinde, ihbar yapılmadan karar verilmemesinden kaynaklı dosyanın mahkemesine gönderme sebebi sayılmamıştır. Ancak bölge idare mahkemelerinin bu sebebe dayalı gönderme kararlarının çoğunluğunda, 2577 sayılı Kanunun 45/5. maddesi dayanak gösterilmektedir. Bu durum, uygulamadaki gönderme kararlarının kanuni dayanağının bulunmadığının açık bir göstergesidir. Diğer yandan doktrinde ağırlıklı görüş, kanun yolu aşamasında davanın ihbarı ve müdahale isteminin mümkün olmadığı yönünde ve bu yönde idari yargı uygulaması bulunmakta⁶² ise de, aksi yöndeki idari yargı uygulaması⁶³ çoğunluktadır.

Hukuk yargılama usulü, özel hukuk alanında, tarafların öznel haklarının çatıştığı uyuşmazlıkların çözümünde uygulanmakta, idari yargılama usulü ise idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun yargı yolu ile denetlenmesinde uygulanmakta ve öznel hakların korunması amacıyla çok, idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanması ile kamu yararının gerçekleşmesine hizmet etmektedir. İdari yargılama hukukunda “kendiliğinden araştırma ilkesi” geçerlidir ve hâkim, medeni yargılama hukukuna göre daha etkin bir konumdadır. 2577 sayılı Kanun’un 20. maddesinde düzenlenen bu ilkeye göre,

tirmemesi nedeniyle, başvuranın hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyen bir ihtilaf konusunda kendisini savunmadığı, bunun sonucu olarak başvuranın mahkemeye erişim hakkından yoksun bırakıldığı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varıldığı” açıklamasına da yer verilmiştir.

⁶² “istinaf kanun yolunun kabulü ile birlikte, temyiz incelemesi hukuki değerlendirme ile sınırlandırılmıştır. Temyiz incelemesi sırasında maddi vakıanın ve davadaki delillerin araştırılması ve değerlendirilmesi yapılamayacağına göre, temyiz aşamasında müdahale talebinde bulunulamayacağı açıktır. Öte yandan, davaya müdahale müessesesinin ancak ilk derece mahkemesinde yarar sağlayacağı öngörülerek, istinaf aşamasında davaya katılma hakkı tanınmamıştır. Bu durumda, temyiz aşamasında davaya katılma talebinde bulunan ...’ün davalı daire yanında davaya müdahale isteminin reddine” dair D. 2. D., 06.03.2019, E. 2018/3553 sayılı davaya müdahale isteminin reddine dair karar; istinaf kanun yolunda müdahale isteminde bulunulamayacağı yönünde Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD, 29.11.2018, E. 2018/452, K. 2018/2580 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 26.09.2019.

⁶³ İstinaf kanun yolunda yapılan müdahale isteminin kabulüne dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 7. İDD, 01.07.2019, E. 2019/233, K. 2019/1151 sayılı kararı; benzer yönde D. 6. D., 16.05.2017, E. 2016/1996 sayılı davanın ihbarı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 27.09.2019.

medeni yargılama hukukundan farklı olarak, mahkeme, davadaki olguları ve delilleri kendiliğinden araştırır. Medeni yargılama hukukunda ise delilleri taraflar toplar ve mahkemeye sunar.

Bu iki yargılama hukukunun birbirinden ayrışık olmasına ve farklı usul kanunları bulunmasına rağmen, idari yargılama hukuku (İYUK 31. madde) bazı konularda medeni yargılama hukukuna atıf yapmıştır. Bu atıfla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen kimi kurumlar, idari yargılamanın özellikleri dikkate alınarak uygulanmaktadır. HMK'nın "taraflarca hazırlama ilkesine" göre düzenlenen fer'i müdahale kurumunun, idari yargılamanın kendine özgü kuralları dikkate alınmadan uygulanması hâlinde, kamu yararının gerçekleşmesinde bir kısım sıkıntılar yaşanabilecektir.

Davanın ihbarı ve ilgili üçüncü kişilerin davaya müdahalesi, idari yargının özellikleri ve temel ilkeleri açısından, özel hukuktan farklı olarak anlaşılması ve uygulanması gereken bir usul müessesesidir. Bu bağlamda, idari yargının tek ve nihaî amacının taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek olmadığı, aynı zamanda idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlamak olduğunun göz önüne alınması gerekmektedir.

Kanun yollarında, uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak Danıştay veya bölge idare mahkemesi daireleri tarafından ara kararları yapıldığı, ara kararlarına verilen yanıtlar üzerine kararları verildiği dikkate alındığında, davanın ihbarı ve üçüncü kişinin davaya müdahalesinin, kanun yolları da dâhil olmak üzere davanın her aşamasında olabileceğinin kabulü, idari yargılama hukukunun temel ilkelerine uygun düşecektir. Danıştay'ın ağırlıklı görüşü bu yöndedir.⁶⁴

Bölge idare mahkemesi, istinaf kanun yolunda davanın ihbarını yapabilmeli ve müdahale istemleri hakkında karar verebilmelidir. Bölge idare mahkemesi, ilk derece yargılamasında yapılmayan davanın ihbarı ve müdahale istemlerine ilişkin usul hükümlerini istinaf aşamasında uyguladıktan sonra, işin esası hakkında yeniden karar verebilmelidir. Esastan verilen kararın hukuka uygun olduğu kanaatinde ise istinaf istemini reddetmeli, aksi halde kaldırma kararı vererek işin esası hakkında yeniden karar vermelidir. Bu şekildeki uygulama, istinaf kanun yolunun niteliğine uygun olur ve uyuşmazlığın istinaf mahkemesince hızlı bir şekilde yargılama yapılmasını sağlar. Ancak uygulamada bölge idare

⁶⁴ "davanın, bulunduğu aşamada temyiz istemi sonucu verilecek karar menfaatini etkileyebilecek olan ...'a ihbarına, istekleri halinde (30) gün içerisinde müdahale talebinde bulunabileceğinin duyurulmasına" dair D. 6. D., 09.06.2016, E. 2016/3433 sayılı davanın ihbarı kararı; D. 6. D., 11.07.2019, E. 2018/9488 sayılı davanın ihbarı kararı; D. 13. D., 25.06.2019, E. 2019/1993 sayılı davanın ihbarı kararı; D. 6. D., 12.02.2019, E. 2014/388 sayılı davanın ihbarı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 27.09.2019.

mahkemelerinin tamamına yakını, ilk derece yargılama aşamasında yapılması gereken davanın ihbarının yapılmamasını, gönderme sebebi olarak görmektedir. Öte yandan HMK' da, kanun yolu aşamasında davanın ihbarı ve davaya müdahale edilmesine engel olacak şekilde yorumlanacak hükümlerin de yer alması nedeniyle 2577 sayılı Kanunda değişiklik yapılmalıdır. Değişiklikte, ilk derece yargılama aşamasında yapılması gereken ihbarın yapılmaması halinde, davanın ihbarı ve müdahale istemlerinin bölge idare mahkemesince yapılması ve akabinde işin esası hakkında karar verilmesi gerektiği yönünde bir düzenlemeye yer verilmelidir.

d. Dava Dilekçesi Merciiine Tevdii Edilmeden Kararı Verilmesi

İdari dava açılmadan önce idareye başvurulması, kanunda zorunlu kılınmasına rağmen, bu başvuru yapılmadan idari dava açılması durumuna idari merci tecavüzü denir.⁶⁵ İdari yargılama usulünde, idari merci tecavüzü ilk inceleme konularındandır.⁶⁶ Açılan davada, idari merci tecavüzü bulunduğu tespit hâlinde, 2577 sayılı Kanun'un 15/1-e maddesine göre, dilekçenin görevli idare merciiine tevdiine karar verilir. Dilekçenin görevli idare merciiine tevdi kararı, ilk inceleme üzerine verilen kararlardandır. İstinaf kanun yolunda bu kararlar hukuka aykırı bulunması halinde, kararın kaldırılmasına ve yeniden karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar verilir (İYUK 45/5).

İlk derece mahkemelerince, idari merci tecavüzü bulunan bir davada, esastan karar verilmesi mümkündür. Bu yönde verilen karar, usul hükümlerine aykırıdır. Bu kararların istinaf incelemesinde, ne yönde karar verileceği önem arz etmektedir. Bu kararlar usule ilişkin kararlar olmadığından İYUK 45/5. maddesi kapsamında gönderme kararı verilemez. Bölge idare mahkemesince işin esası hakkında yeniden bir karar verilmesi de mümkün değildir. Çünkü hukuka aykırılık, idari mercii tecavüzünün gözardı edilmesine ilişkindir. Neticede usul yönünden bir karar verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, ilk derece yargı yerince idari mercii tecavüzünün gözardı edilerek esastan verilmesi halinde, istinaf aşamasında ne yönde karar verileceği konusunda 2577 sayılı Kanunda boşluk bulunmaktadır.

İlk derece yargı yerince idari mercii tecavüzünün gözardı edilerek esastan verilmesi halinde, uygulamada bölge idare mahkemeleri, kararın kaldırılmasına ve yeniden karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar

⁶⁵ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Ankara 2004, s. 52-53; Kazım Yenice/Yüksel Esin, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usûlü*, Ankara 1983, s. 442; Kalabalık, a.g.e., s. 136, Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 329; Nuri Alan, "İptal Davasının Ön ve Esastan Kabul Şartları", *Danıştay Dergisi*, 1983, Y. 13, S. 50-51, s. 29; konu hakkında geniş bilgi için bkz. Jülide İşçi, *İdari Mercii Tecavüzü*, Ankara 2019.

⁶⁶ İşıklar (İlk İnceleme), a.g.m., s. 24.

verebilmektedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta “*uyuşmazlığa konu vergi borcunun kaldırılması istemiyle dava açma süresi geçtikten sonra yapılan başvurunun düzeltme başvurusu olarak kabul edilmesi ve dava konusu edilebilecek kesin bir işlem mevcut değilken vergi borcunun kaldırılması istemiyle açılan dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanunun anılan hükmü uyarınca Gelir İdaresi Başkanlığı’na tevdi edilmesi gerekirken; davanın esasına girmek suretiyle kanun hükmüne aykırı olarak verilen mahkeme kararında hukuki isabet bulunmadığı gerekçesiyle ... davacının istinaf başvurusunun kabulüne, ... istinafa konu kararın kaldırılmasına, ... yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine*” karar verilmiştir.⁶⁷ Bu karar türü de, istinaf aşamasında kanunda öngörülmeleyen gönderme kararlarından biridir. Bölge idare mahkemeleri, merciiine tevdi karar verilmesi gerekirken esastan karar verilen kararı kaldırarak, dilekçenin görevli idare merciiine tevdi kararı da vermektedir. Bir uyuşmazlıkta “*şikayet mercii olan Gelir İdaresi Başkanlığına başvurulmadan açılan davada, davanın kabulü yönünde verilen kararın usule ve hukuka uygun bulunmadığı sonucuna varılmakla, kararın bozularak 2577 sayılı Kanunun 15/1-e maddesi uyarınca mercii tecavüzü nedeniyle dava dilekçesinin Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı’na tevdiine*” karar verilmiştir.⁶⁸

Bu konuda hangi yönde karar verilmesi gerektiğine ilişkin olarak, bölge idare mahkemeleri uygulama birliği içinde değildir. Bunun nedeni ise, kanunda boşluk bulunmasıdır. Yargılamanın çabuk ve en az masrafla yapılmasını gerektiği nazara alındığında, ilk derece mahkemesince merciiine tevdi karar verilmesi gerekirken esastan karar verilmesi hallerinde, bölge idare mahkemesince kararın kaldırılarak merciiine tevdi kararı verilmesi yerinde bir uygulama olacaktır. Bu karar türü, yargılamanın gereksiz yere uzamasına engel olur.

Kaldı ki bölge idare mahkemeleri, ilk derece mahkemesince esastan verilen kararların istinaf incelemesinde, davanın ehliyet, süre aşımı veya kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı yönünden usulden reddi gereken hallerde, esastan verilen kararın kaldırılmasına ve davanın usulden reddine karar vermektedir. İlk derece mahkemesince esastan verilen kararın kaldırılmasına ve davanın ehliyet, süre aşımı veya kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı yönünden reddine karar veren bölge idare mahkemelerinin, merciiine tevdi kararı verilmesi gereken durumda da, usul yönünden merciiine tevdi kararını kendisi verebilmesi gerekir.

⁶⁷ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 1. VDD, 02.07.2019, E. 2019/621, K. 2019/1470 sayılı kararı; benzer yönde İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3. VDD, 07.11.2018, E. 2018/3003, K. 2018/2960 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 27.09.2019.

⁶⁸ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. VDD, 31.05.2017, E. 2016/1440, K. 2017/2547 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 28.09.2019.

2577 sayılı Kanununun 45/4. maddesinde yer verilen “bölge idare mahkemesi işin esası hakkında yeniden bir karar verir” hükmünü, usulden verilmesi gereken kararları da kapsar şekilde geniş yorumlanması da mümkündür. Bu şekilde yapılacak bir yorumla da, bölge idare mahkemesince, merciine tevdi kararı verilmesi gerektiği söylenebilir. Ancak bu gibi durumlarda, bölge idare mahkemesinin her türlü usulden kararı vermesi de mümkün görünmemektedir. Örneğin yanlış hasımla görülen veya dava dilekçesinin reddi gerektiği halde, esastan karar verilen bir davada, bölge idare mahkemesi bu tür usul kararlarını istinaf aşamasında verebilecek midir. Bu soruya evet cevabı vermek, hukuken zor görünmektedir.

İlk derece mahkemesince esastan verilen kararların istinaf incelemesinde, merciine tevdi gibi usulden karar verilmesi gereken hallerde, uygulamada bölge idare mahkemesi tarafından hem bizzat merciine tevdi kararı verildiği, hem de merciine tevdi için dosyanın mahkemesine gönderme kararı verilmektedir. Davanın ehliyet, süre aşımı veya kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı yönünden usulden reddi gereken hallerde ise, esastan verilen kararın kaldırılmasına ve davanın usulden reddine karar verilmektedir. Uygulama birliğinin sağlanması amacıyla 2577 sayılı Kanunda değişiklik yapılmalıdır. Yapılacak değişiklikte, ilk derece mahkemesince esastan verilen kararların hukuka aykırı bulunması ve usulden bir karar verilmesi gereken hallerde, bölge idare mahkemesinin hangi tür usulden kararları kendisinin vereceği, hangi tür usul kararı verilmesi için dosyanın mahkemesine gönderilmesi gerektiğinin açık olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

e. Eksik veya Yanlış Hasımla Davanın Görülmesi

İdari davalarda davalı olabilme yeteneği husumeti ifade etmektedir.⁶⁹ İdari davaların, dava konusu işlemi veya eylemi yapan idari kuruluşa yöneltilmesi gerekir.⁷⁰ Dava dilekçesinde tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları veya unvanları ve adreslerinin gösterilmesi zorunludur (İYUK m. 3).

Dava dilekçesinde hasım gösterilmemesi veya yanlış hasım gösterilmesi halinde, mahkemece resen, dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğine karar verilir (İYUK m. 15).

İlk derece yargılama aşamasında idare ve vergi mahkemelerince, gerçek hasmın tespit edilmesi halinde sorun yoktur. Dava dilekçesi, tespit edilecek gerçek hasma tebliğ edilir ve bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulması olanaklı değildir (İYUK 15/son).

Bir idari davanın eksik veya yanlış hasımla görülerek esastan karar verilmesi halinde, istinaf aşamasında ne yönde karar verileceği önem arz etmektedir.

⁶⁹ Ramazan Yıldırım, *Türk İdari Rejimi Dersleri*, C. 3, Konya 2014, s. 256;

⁷⁰ Candan (İdari Yargılama), a.g.e., s. 534.

2577 sayılı Kanunda, bir idari davanın eksik veya yanlış hasımla görülerek esastan karar verilmesi, istinaf kanun yolunda gönderme gerektiren sebepler arasında sayılmamıştır. Bu gibi durumlarda, bölge idare mahkemelerinin hukuka aykırı kararı kaldırması ve usuli eksiklikleri tamamlayarak işin esası hakkında yeniden karar vermesi gerektiği düşünülebilir. Ancak ilk derece yargılamasında, davanın eksik veya yanlış hasımla görülmesi ağır bir usule aykırılıktır. Çünkü, eksik veya yanlış hasımla görülerek esastan karar verilen davada, dava dilekçesinin gerçek hasma tebliği, akabinde dava dosyanın tekemmülü ve gerektiğinde duruşma gibi diğer usul işlemlerinin tamamlanması gerekir. Bu tür usuli işlemlerin istinaf merciince yapılması, bölge idare mahkemelerinin iş yükünü çok artıracığı gibi, böyle bir uygulamayla, istinaf yargılamasıyla güdülen amacı aşan bir durum ortaya çıkacağını düşüncesindeyiz. Bu nedenle, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadığı müddetçe, eksik veya yanlış hasımla görülerek esastan verilen kararlar kaldırılmalı ve usuli eksiklikler tamamlanarak yeniden karar verilmesi için, dosyanın mahkemesine gönderilmesi yerinde bir uygulama olacaktır.

Uygulamada bölge idare mahkemeleri, ilk derece yargılamasının eksik veya yanlış hasımla görülerek esastan karar verilmesi halinde, kararın kaldırılmasına ve yeniden karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar vermektedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta “*dava konusu işlemin tesisinde Milli Eğitim Bakanlığı’nca herhangi bir işlem tesis edilmediği, dava konusu işlemlerin Ankara Valiliği ve Keçiören Kaymakamlığınca tesis edildiği göz önüne alınarak anılan idarelerin hasım mevkiine alınmak suretiyle dosyanın tekemmül ettirilerek karar verilmesi gerekirken, yanlış hasım olan Milli Eğitim Bakanlığı husumetiyle dosyanın tekemmül ettirilerek verilen idare mahkemesi kararında usul hükümlerine uyarlık bulunmadığı, ... istinaf başvurusunun kabulüne, başvuruya konu mahkeme kararının kaldırılmasına; ... yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının mahkemesine gönderilmesine*” karar verilmiştir.⁷¹ İdari yargı istinaf uygulamasında, bu karar türü, kanunda öngörülme-yen gönderme kararlarından biridir. Bu karar türünün kanuni dayanağı bulunmasa da, uygulamada zorunluluktan kaynaklı verildiği unutulmamalıdır.

⁷¹ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD, 08.05.2019, E. 2018/3548, K. 2019/1121 sayılı kararı; “*Adana Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü’nün yanında Adana Büyükşehir Belediye Başkanlığı’nın da hasım konumuna alınarak dosyanın tekemmül ettirilmesi suretiyle karar verilmesi gerekmekte iken salt Adana Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü husumetiyle dosyanın tekemmül ettirilerek karara bağlanmasında usul hükümlerine uyarlık görülmediği, ... yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine*” dair Konya Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD, 28.03.2019, E. 2019/64, K. 2019/512 sayılı kararı; aynı yönde Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD, 10.01.2019, E. 2018/3159, K. 2019/23 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, 13.03.2019, E. 2018/798, K. 2019/335 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD, 25.06.2019, E. 2019/542, K. 2019/1250 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 29.09.2019.

f. Dava Konusunun Hatalı Belirlenerek Yargılama Yapılması veya Eksik Hükümle Karar Verilmesi

Davacının istem sonucu, kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi ve hüküm, tazminat davalarında hükmedilen tazminatın miktarı, kararlarda bulunacak hususlardandır (İYUK m. 24).

2577 sayılı Kanunda, ilk derece mahkemelerince dava konusunun hatalı olarak belirlenerek veya eksik hükümle karar verilmesi, istinaf aşamasında dava dosyasının yeniden karar verilmek üzere mahkemesine gönderilmesi gerektiren durumlardan değildir.

İdari yargı istinaf uygulamasında, ilk derece mahkemelerince dava konusunun hatalı olarak belirlenerek veya eksik hükümle karar verilmesi, istinafa konu kararı kaldırma ve dosyanın mahkemesine gönderilme sebebi sayılmaktadır. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta *“dava konusu doğru tespit edilmek suretiyle, dava konusu yapılan hususların tümü hakkında hüküm tesis edilmesi gerekirken, dava konusu eksik tespit edilmek suretiyle eksik hüküm kurulan mahkeme kararında usule ve hukuka uyarlık bulunmadığından, yeniden bir karar verilmek üzere dava dosyasının mahkemesine gönderilmesi gerektiği”* yönünde karar verilmiştir.⁷² Eksik hükümde, istem sonucunun bir kısmı hakkında hüküm kurulmamaktadır. Dava konusunun hatalı olarak belirlenerek karar verilmesinde ise, istem sonucunun tamamı hakkında hiçbir hüküm kurulmamakta, istem so-

⁷² Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. VDD, 11.09.2019, E. 2019/343, K. 2019/868 sayılı kararı; *“mahkemece davacının hem iptal hem tazmin istemi hakkında karar verilmesi gerekirken, tazmin istemi hakkında hüküm kurulmaksızın karar verilmesinde usul hükümlerine uygunluk bulunmadığı, ... kararının kaldırılmasına, dava konusu istemlerin tamamı hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine”* dair Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, 04.07.2019, E. 2019/492, K. 2019/871 sayılı kararı; aynı yönde Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD, 16.05.2019, E. 2019/3877, K. 2019/1280 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD, 27.06.2019, E. 2019/587, K. 2019/794 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD, 26.06.2019, E. 2010/249, K. 2019/543 sayılı kararı; *“dava konusu işlemin içeriğinde yer alan işten ayrılış bildirgesinin süresinde kuruma verilmemesine ilişkin olarak herhangi bir değerlendirme yapılmadığı, dava konusu işlemin bu kısmına yönelik bir hüküm kurulmadığı anlaşıldığından söz konusu eksiklikler giderilmek üzere dosyanın mahkemesine iadesi gerektiğine”* dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 7. İDD, 14.06.2019, E. 2019/753, K. 2019/1063 sayılı kararı; *“dava dilekçesinin “Netice ve Talep” kısmında dava konusu işlemin iptali yanında açıkça “parasal” hakların da yasal faiziyle birlikte ödenmesi istenildiği halde, istinaf konusu kararın dava özeti kısmında davacının bu talebine yer verilmediği gibi karar içeriği ve hüküm fıkralarında da bu konuda mahkemenin hukuki değerlendirmelerine dayalı herhangi bir gerekçe oluşturulmadığı ve uyuşmazlığın bu yönüyle ilgili hüküm kurulmadığı, ... eksik hüküm içeren ilk derece mahkemesi kararında 2577 sayılı Kanun’un 24/e maddesine uyarlık bulunmadığından, istinaf başvurusuna konu kararın kaldırılıp, dosyanın bütün istemler hakkında karar verilmek üzere mahkemesine iadesi gerektiği, öte yandan; istinaf konusu karar tamamıyla kaldırıldığından, ilk derece Mahkemesince davacının tüm talepleri hakkında yeniden bir karar verileceği gerekçesiyle istinaf talebinin kabulüne, ..Mahkemesinin ... sayılı kararının kaldırılmasına, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere mahkemesine iadesine”* dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, 18.07.2019, E. 2019/978, K. 2019/1242 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 30.09.2019.

nucu dışındaki bir konuda karar verilmektedir. Bir uyuşmazlıkta “*dava dilekçesinde ... takip numaralı ödeme emri ile adına tesis edilen haciz işlemlerinin iptali istemi dava konusu olarak gösterildiği halde; mahkemece, davanın konusu, ödeme emri ve haciz işlemine konu amme alacağıının kaldırılması istemiyle yapılan düzeltme başvurusunun reddi üzerine Gelir İdaresi Başkanlığı’na yapılan şikayet başvurusunun reddine ilişkin işlem kabul edilmek suretiyle davanın reddi yolunda hüküm kurulduğu, ancak dava konusu edilen .. takip numaralı ödeme emri ve haciz işlemi ile ilgili hüküm kurulmadığı, başka bir anlatımla maddi olay hatalı değerlendirilmek suretiyle hüküm kurulduğu ... mahkemesinin ... sayılı kararının .. kaldırılmasına; ... yeniden karar verilmek üzere dosyanın anılan mahkemeye gönderilmesine*” karar verilmiştir.⁷³

2577 sayılı Kanun hükümlerine göre, istinaf kanun yolunda işin esasının incelenilmesi için, ilk derece mahkemesince, uyuşmazlığın konusuna ve maddi olayın özelliğine göre inceleme yapılmak suretiyle, istem sonucuna bağlı olarak dava konusunun esasının incelenmesi ve denetlenebilir bir hükmün kurulmuş⁷⁴ olması gerekir. Bu durum, vakta mahkemesi olan ilk derece mahkemesinin dava konusunu aydınlatma yükümlülüğü⁷⁵ ve hukuki dinlenilme hakkı ile doğrudan ilgilidir.

2577 sayılı Kanun’un 45/4. maddesinde yer verilen, bölge idare mahkemesi ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde, istinaf başvuru-

⁷³ Konya Bölge İdare Mahkemesi 3. VDD, 26.03.2019, E. 2018/1285, K. 2019/498 sayılı kararı; “*dava dilekçesinde de açık bir şekilde görüleceği üzere, davacının, 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uyarınca geçici işçi statüsüne geçirilmesine yönelik talebinin reddine ilişkin ... sayılı işlemin iptali istenilmesine karşın, mahkemece davanın konusu, davacının sürekli işçi statüsüne geçirilmesi talebinin reddine yönelik işlem olarak hatalı bir şekilde değerlendirilmek suretiyle karar verildiği, bu durumda, davanın asil konusu hakkında, konuyla ilgili mevzuat hükümleri kapsamında bir değerlendirme yapılarak nihai bir karar verilmediğinden dava dosyasının mahkemesine iadesi gerektiğine*” dair Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, 10.04.2019, E. 2019/232, K. 2019/562 sayılı kararı; başka bir uyuşmazlıkta “*dava dilekçesinde dava konusu edilen işlemlerin, düzenleme ortaklık payından terk edilen alanların ihdas edilmesi ve ... Belediyesi adına tescil edilmesine ilişkin Belediye Meclisi kararı ile .. ada ... parselin güneyinde kapatılan yolun ihdas edilerek Belediye adına tesciline ve anılan parselde tevhid edilerek oluşan taşınmazın satışına ilişkin Encümen kararlarının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı, mahkemece uyuşmazlığın çözümü için mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra sunulan bilirkişi raporunda uyuşmazlığın tamamen plan değişikliği olarak değerlendirildiği, ancak davanın konusunun imar planı değişikliğine ilişkin olmadığı, davanın imar uygulaması işlemleri olan ihdas, tevhid, tescile ve sonunda da satış işlemlerine ilişkin olması nedeniyle uyuşmazlığın bu yönüyle ve bu işlemlere ilişkin mevzuat hükümleri kapsamında değerlendirilerek çözüme kavuşturulması gerekmekte iken davanın konusu olmayan imar planı kapsamında uyuşmazlık değerlendirildiği bilirkişi raporu hükme esas alınarak mahkemece verilen karar hakkında istinaf incelemesi yapılmasına olanak bulunmaması nedeniyle uyuşmazlığın yukarıda belirtilen hususlar dikkate alınarak yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesi gerektiğine*” dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD, 10.04.2019, E. 2018/1683, K. 2019/771 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 01.10.2019.

⁷⁴ Nilüfer Boran Güneysu, *Medeni Usul Hukukunda Karar*, Ankara 2014, s. 230.

⁷⁵ Ahmet Kürşat Ersöz, “Türk İdari Yargılama Hukukunda Karar Verme Usulü ve Hükmün Tesis Edilmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2018, C. 16, S. 189, s. 4099.

rusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verecektir. Bu hâlde bölge idare mahkemesinin işin esası hakkında yeniden bir karar vereceğine dair hüküm dikkate alındığında; iki dereceli yargılama sistemi içerisinde, istinaf mercileri, hem maddi olayı değerlendiren hem de ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygunluğunu denetleyen birimlerdir.

İstinaf sisteminin amacına uygun şekilde, tam ve sağlıklı bir hukuki denetim yapılabilmesi, öncelikle “ilk derece mahkemesince davacıların tüm taleplerinin karşılanması” şartına bağlıdır. Taleple bağlılık ilkesine uymakla görevli olan yargı mercilerinin verdiği kararlarda, bu kurala uyulmadığı takdirde, dava konularından bir kısmı veya tamamı hakkında karar verilmemiş olacağından, davacıların adil yargılanma⁷⁶ hakları zedelenebileceği gibi yargılamanın uzamasına da neden olunabilir. İlk derece mahkemesince, hukuki neticenin tespitinde hataya düşülmüş olması halinde, örneğin istem dışındaki bir konuda veya tüm istemler karşılanmadan karar verilmesi, kararı hukuka aykırı hale getirecektir.⁷⁷

İdari yargı yerlerinde açılan davaların yargısal denetimi yapılırken, dava dilekçelerinde yer alan istem sonucunun, diğer bir deyişle dava konusunun açık ve tereddüde yer vermeyecek şekilde belirlenmesi, usul ve esasa yönelik incelemenin bu çerçevede yapılması gerekir.⁷⁸ Verilecek kararlarda, davacının istem sonucunun tümü hakkında inceleme yapılarak hüküm kurulması gerekmektedir. Davacının istem sonucunun tamamı ya da bir kısmı hakkında hüküm kurulmaması durumunda ise, istinaf başvurusunun yerinde olup olmadığı konusunda hukuki denetim yapılmasına elverişli bir ilk derece mahkemesi kararının varlığından söz edilemeyecektir. Bu takdirde ise, işin esası hakkında eksik hüküm içeren ya da davacının istemleri hakkında herhangi bir hüküm içermeyen kararlara karşı yapılan istinaf başvurularının değerlendirilmesinde, 2577 sayılı Kanun’un 45/4. maddesi kapsamında, bölge idare mahkemelerince “uyuşmazlığın esası hakkında yeniden bir karar verilmesinin” hukuken mümkün olmayacağı açıktır.

İdari yargıda istinaf incelemesinin maddi yönü istinaf merciine, aydınlatılmayan konuları aydınlatma yükümlülüğü de yüklemektedir. İstinaf incelemesinin maddi yönü kapsamında, istinaf merciinin hüküm kurulmayan istem sonucunun tamamı ya da bir kısmı hakkında hüküm kurması gerektiği akla gelebilir.

⁷⁶ Adil yargılanma hakkında geniş bilgi için bkz. Doğru/Nalbant, a.g.e., s. 609-656; Inceoğlu, a.g.e., s. 209-284; Bilgin, a.g.e., s. 85-89.

⁷⁷ Burhan Gürdoğan, “Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, 1966, C. 11, S. 3, s. 283.

⁷⁸ Davacının istem sonucunun tümü hakkında inceleme yapılarak hüküm kurulmasının, kararın gerekçeli olmasıyla da ilgili olduğu hakkında Ersöz, s. 4107.

Ancak ilk derece mahkemesi, uyuşmazlık konusunu aydınlatmasına rağmen davacının istem sonucunun tamamı ya da bir kısmı hakkında hüküm kurmamış olabilir. Mesela uyuşmazlık konusunun aydınlatılması için yeteri kadar ara karar ile keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmasına rağmen istem sonucunun tamamı ya da bir kısmı hakkında hüküm kurulmamıştır. Davacının istem sonucunun tamamı ya da bir kısmı hakkında hüküm kurulmaması, uyuşmazlık konusunun aydınlatılmasıyla doğrudan ilişkili değildir. Bu durum 2577 sayılı Kanunun “kararlarda bulunacak hususlar” başlıklı 24/e maddesinde; kararlarda hükmün belirtileceği kuralına aykırılıkla ilgilidir. Bu nedenle, hüküm kurulmayan istem sonucunun tamamı ya da bir kısmına ilişkin eksikliğin, istinaf incelemesinin maddi yönü kapsamında tamamlanması hukuken zor görünmektedir.

İlk derece mahkemelerince, dava konusunun hatalı olarak belirlenerek veya eksik hükümle karar verilmesi halinde, bölge idare mahkemesince ne yönde karar verileceği hususunda 2577 sayılı Kanunda boşluk bulunmaktadır. Bu gibi durumlarda bölge idare mahkemelerince, dosyanın yeniden karar verilmek üzere mahkemesine gönderme kararı verilmesi, işin esası hakkında karar verilmesine göre daha yerinde bir uygulamadır.

Bu konudaki kanuni boşluğun doldurulması için 2577 sayılı Kanunda değişiklik yapılmalıdır. 2577 sayılı Kanunda yapılacak değişikliklerle, ilk derece mahkemelerince dava konusunun hatalı olarak belirlenerek veya eksik hükümle karar verilmesi halinde, bölge idare mahkemelerince, dosyanın eksik hüküm hakkında karar verilmek üzere mahkemesine gönderme kararı mı verileceği, yoksa, istinaf aşamasında eksik hükme yönelik işin esası hakkında bir karar mı verileceği hususu açık olarak düzenlenmelidir.

g. İncelenmeksizin Ret ve KVYO Kararlarında

İdari yargılama usulünde, kanunda öngörülen usul kararları dışında “incelenmeksizin ret kararları” ve “karar verilmesine yer olmadığı (KVYO) kararları” gibi usul kararları da verilmektedir. Bu kararlar, kanunda öngörülmeyen karar türleridir. Uyuşmazlığı sonlandıran incelenmeksizin ret kararı sebeplerinden sadece “idari davaya konu olacak kesin ve yürütülebilir olmayan işlem”e karşı dava açılması durumu, 2577 sayılı Kanunda, dilekçe üzerine ilk inceleme konuları arasında düzenlenmiştir (m. 14/3-d). 2577 sayılı Kanunun 15/1-b maddesi hükmüne göre, idari işlemin davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem niteliğinde bulunmaması halinde, davanın reddine karar verileceği belirtilmiştir. İdari yargı uygulamasında ise, davanın reddi yerine davanın incelenmeksizin reddine karar verilmektedir. Uyuşmazlığı sona erdiren incelenmeksizin ret karar sebepleri; “idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi zorunlu olmayan işlemin iptali istemi”, “derdestlik”, “kesin hüküm”, “dava

açıldığı tarihte davanın konusunun bulunmaması”, “idari işlem ya da eylem niteliğinde istem”, “yargı yolu kapalı işlemin iptali istemi”, kanun, kanun hükmünde kararname, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüğünün idari yargıdan iptali istemidir.⁷⁹ KVYO kararı verilmesi gerektiren sebepler, davadan feragat, kabul, davanın konusuz kalması veya özel kanun hükmü ve diğer bazı nedenlerdir.⁸⁰

Bu karar türleri, ilk inceleme üzerine verilen kararlar gibi usule ilişkindir. Davanın her aşamasında verilebilirler. Bu karar türünün sebebi mevcut iken, uyuşmazlığın esası hakkında karar verilemez.⁸¹ İdari yargılama usulünde, incelenmeksizin ret veya karar verilmesine yer olmadığına ilişkin kararlar, yargı kararlarıyla isimlendirilen usule ilişkin kararlardır. İncelenmeksizin ret kararları ve KVYO kararlarında, uyuşmazlık esastan sonlandırılmaz. Bu kararlar ilk inceleme üzerine de verilebilir. Bu karar türleri idari yargıda kabul görmüştür ve çok sayıda verilmektedir.

Diğer usul kararları gibi incelenmeksizin ret kararları ve KVYO kararlarına karşı kanun yollarına başvurmak hukuken mümkündür. Bu kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmasını engelleyen bir mevzuat hükmü bulunmamaktadır.

İstinaf aşamasında, incelenmeksizin ret veya KVYO kararının hukuka aykırılığı bulunması ve istinaf başvurusunun kabulüne karar verilmesi durumu özellik arz etmektedir. Bölge idare mahkemesi, incelenmeksizin ret veya KVYO kararını kaldırdıktan sonra, uyuşmazlık hakkında kendisinin mi karar vereceği yoksa yeniden karar verilmek üzere dava dosyasını mahkemesine mi göndereceği önem arz etmektedir.

2577 sayılı Kanunun 45/5. maddesinde, bölge idare mahkemesinin dava dosyasını mahkemesine göndereceği haller arasında, uyuşmazlığı sona erdiren incelenmeksizin ret veya KVYO kararı açıkça sayılmamıştır. Bu durumun nedeni ise, incelenmeksizin ret veya KVYO kararlarının 2577 sayılı Kanunda öngörülüş karar türlerinden olmamasıdır.

2577 sayılı Kanun’un 45/4. maddesi kapsamında, bölge idare mahkemele-
rinde uyuşmazlığın esası hakkında yeniden bir karar verilmesi de hukuken

⁷⁹ Yunus Eraslan/Selman Sacit Boz, “İdari Yargılama Usulünde İncelenmeksizin Ret Kararları”, *Türk İdare Dergisi*, Y. 91, Haziran 2019, S. 488, s. 239.

⁸⁰ Örneğin düzenleyici işlemlerin eksik düzenleme içerdiği iddiasıyla açılan iptal davalarında, dava aşamasında, davacının davayı açmakla ulaşmayı hedeflediği amaca uygun düzenleme yapılarak söz konusu eksikliğin giderildiği halinde, eksik düzenlemeye yönelik iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmektedir, D. 2. D., 08.03.2018, E. 2016/10295, K. 2018/1458 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 02.10.2019.

⁸¹ Eraslan/Boz, a.g.m., s. 207.

mümkün değildir. Çünkü, incelenmeksizin ret veya KVYO kararları usulden verilen kararlardır. Bu kararlar ilk inceleme üzerine de verilmesi mümkündür. İlk derece mahkemesince, incelenmeksizin ret veya KVYO kararlarında işin esası hakkında bir karar verilmediğinden, bölge idare mahkemelerince, usulden verilen bu kararların kaldırılarak “uyuşmazlığın esası hakkında yeniden bir karar verilmesi” de söz konusu olamaz.

İstinaf aşamasında, ilk derece mahkemesince verilen incelenmeksizin ret veya KVYO kararı kaldırıldıktan sonra, uyuşmazlık hakkında ne yönde karar verileceğine ilişkin kanunun mevcut halinde boşluk bulunduğu açıktır. Uygulamada bölge idare mahkemeleri, istinaf isteminin kabulü ile incelenmeksizin ret veya KVYO kararının kaldırılması halinde, yeniden bir karar verilmek üzere dava dosyasının mahkemesine gönderilmesine karar vermektedir.⁸² Kanundaki boşluğun doldurulmasına yönelik değişiklik yapılması yerinde olacaktır. Kanundaki bu boşluk iki türlü düzenlemeyle doldurulabilir. Birincisi, uyuşmazlığı sona erdiren incelenmeksizin ret veya KVYO karar türü, ilk inceleme üzerine verilen kararlar arasında düzenlenebilir.⁸³ Yapılacak bu düzenlemeyle, incelenmeksizin ret veya KVYO kararları ilk inceleme üzerine verilen kararlardan olacağından, istinaf aşamasında bölge idare mahkemesi, bu kararları kaldırdıktan sonra, 2577 sayılı Kanunun 45/5. maddesi uyarınca mahkemesine gönderme kararı verilebilecektir. İkinci olarak, istinaf incelemesinde, hukuka aykırı bulunan incelenmeksizin ret veya KVYO kararı kaldırıldıktan sonra ne yönde karar verileceği yönünde açık bir düzenlemeye yer verilebilir.

h. Dava Dilekçesinin Reddi Gereken Davalarda

İdare ve vergi mahkemesi tarafından işin esası hakkında karar verilen bir davanın istinaf incelemesinde, bölge idare mahkemesince, dava dilekçesinin reddi gerektiren sebeplerin bulunduğu sonucuna varılabilir.

Dava dilekçesinin reddi kararı gereken bir idari davada, esastan karar verilmesi halinde, istinaf aşamasında ne yönde karar verileceği de önem arz etmektedir. Esastan karar verilen bir davada, dilekçe ret gerektiren durumların varlığı, istinaf aşamasında gönderme gerektiren sebepler arasında sayılmamıştır. Bu gibi durumlarda, bölge idare mahkemelerinin hukuka aykırı kararı kaldırma-

⁸² Konya Bölge İdare Mahkemesi 1. VDD, T. 12.06.2018, E. 2018/580, K. 2018/1552 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, T. 11.04.2017, E. 2017/553, K. 2017/894 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, T. 16.07.2018, E. 2018/283, K. 2018/765 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. VDD, T. 17.07.2018, E. 2018/1483, K. 2018/2082 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 02.10.2019.

⁸³ Uyuşmazlığı sona erdiren incelenmeksizin ret kararlarının ilk inceleme üzerine verilen karar türleri arasında düzenlenmesi gerektiği hakkında kanun önerisi hakkında bkz. Eraslan/Boz, a.g.m., s. 240.



sı ve usuli eksiklikleri tamamlayarak işin esası hakkında yeniden karar vermesi gerektiği düşünülebilir. Ancak ilk derece yargılamasında, dilekçe ret gerektiren sebepler bulunduğu halde esastan karar verilmesi, davanın yanlış hasımla görülmesi gibi, ağır bir usule aykırılıktır. Çünkü, dava dilekçesinin reddi üzerine, davacı tarafından yenileme dilekçesi verilmeyebileceği gibi, şayet verilmesi halinde ise dava dosyasının tekemmülü ve gerektiğinde duruşma gibi diğer usul işlemlerinin de tamamlanması gerekir. Bu tür usuli işlemlerin istinaf merciince yapılması, bölge idare mahkemelerinin iş yükünü çok artıracığı gibi, böyle bir uygulamayla, istinaf yargılamasıyla güdülen amacı aşan bir durum ortaya çıkacağını düşüncesindeyiz. Bu nedenle, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadığı müddetçe, dava dilekçesinin reddi gerektiren sebepler bulunmasına rağmen esastan verilen kararlar, bölge idare mahkemesince kaldırılmalı ve dava dilekçesinin reddi ve diğer usul işlemleri yapılmak üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesi yerinde bir uygulama olacaktır.

Uygulamada bölge idare mahkemeleri, dava dilekçesinin reddi gerektiren sebepler bulunmasına rağmen esastan verilen kararların kaldırılmasına ve dava dilekçesinin reddine karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar vermektedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta *“idare mahkemesince söz konusu disiplin cezaları için ayrı ayrı dava açılmak üzere 2577 sayılı Kanun’un 15/1-d maddesi uyarınca dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek karar verilmesinde hukuki isabet görülmediği, ... istinafa konu mahkeme kararının kaldırılmasına, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere mahkemesine gönderilmesine”* karar verilmiştir.⁸⁴ Başka bir kararda *“vekil veya kanuni temsilci olmayan kişiler ile davanın görülüp karara bağlanması yargılamanın yenilenmesi sebebi olduğu hususu da dikkate alındığında, davanın, davacı tarafından kendisine vekalet verilmemiş olan avukat tarafından açıldığı ve karara bağlandığı görüldüğünden, davacı tarafından bizzat veya geçerli bir vekaletle dayalı olarak avukatı aracılığıyla dava açılması amacıyla dava dilekçesinin ... reddi için ilk derece mahkeme kararının kaldırılması ve dosyanın mahkemesine gönderilmesi gerektiği”* yönünde karar verilmiştir.⁸⁵

⁸⁴ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, 05.09.2019, E. 2019/1437, K. 2019/1503 sayılı kararı; benzer yönde Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, 10.09.2019, E. 2019/1413, K. 2019/1338 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, 10.10.2018, E. 2018/2461, K. 2018/2625 sayılı kararı; *“dava dilekçesinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 3. maddesi hükmüne uygun düzenlenmediği ve dava dilekçesinin yasada belirtilen diğer şekil şartlarını da taşımadığı, ... dilekçenin reddine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek karar verilmesinde hukuki isabet görülmediği ... kararın kaldırılmasına, yeniden bir karar verilmek üzere ... dosyanın mahkemesine gönderilmesine”* dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, 08.05.2019, E. 2018/98, K. 2019/367 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 03.10.2019.

⁸⁵ Konya Bölge İdare Mahkemesi 3. VDD, 25.04.2019, E. 2019/222, K. 2019/730 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 04.10.2019.

İdari yargı istinaf uygulamasında, bu karar türü, kanunda öngörülmemen gönderme kararlarından biridir. Bu karar türünün kanuni dayanağının bulunmadığı ve uygulamada zorunluluktan kaynaklı verildiğinden, 2577 sayılı Kanunda değişiklik yapılmalı ve ilk derece mahkemelerince dava dilekçesinin reddi gerektiren sebepler bulunmasına rağmen esastan karar verilen davalarda, bölge idare mahkemelerince, dosyanın dilekçe ret kararı verilmek üzere mahkemesine gönderme kararı mı verileceği, yoksa, istinaf aşamasında dilekçe ret kararı verilerek yargılama mı yapılacağı hususu açık olarak düzenlenmelidir.

i. Davanın Açılmamış Sayılmasına veya Dava Dilekçesinin İptaline Dair Verilen Kararlarda

2577 sayılı Kanun'un 45/5. maddesinde öngörülen gönderme kararı gerektiren sebeplerin ortak özelliği, ilk derece mahkemesince verilen kararların usule yönelik olması ya da esastan da olsa usulden de olsa mahkemece bir karar verilmemesi (görevsiz veya yasaklanmış hakim tarafından verildiği için) gerektiricidir. Burada kanun koyucu, esastan verilmeyen ilk derece mahkemesi kararlarının kaldırılarak, mahkemesine gönderilmesi ve bu şekilde mahkemesince esastan karar verilmesini amaçladığını yukarıda belirtmiştik. Ancak 2577 sayılı Kanun'un 45/5. maddesinde öngörülen ve gönderme kararı gerektiren haller dışında da, ilk derece mahkemesince usulden verilen ve gönderme kararı gerektiren sebepler ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan birincisi, incelenmeksizin ret ve KVYO kararları, ikincisi ise davanın açılmamış sayılmasına veya dava dilekçesinin iptaline dair kararlardır.

2577 sayılı Kanun hükümlerine göre, ilk derece yargılama aşamasında harç ve posta ücretinin yatırılmaması (m. 6), imza sirkülerinin ara karar ile istenilmesine karşın dosyaya sunulmaması (HMK m. 54), davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması halinde, yeni adresin bildirilmesine kadar dava dosyasının işlemden kaldırıldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde (İYUK m. 26/3) davanın açılmamış sayılmasına karar verilmektedir.

Bölge idare mahkemeleri, idare veya vergi mahkemesince verilen davanın açılmamış sayılmasına veya dava dilekçesinin iptaline dair kararları hukuka aykırı bulması halinde,⁸⁶ kararın kaldırılmasına ve dosyanın mahkemesine gön-

⁸⁶ "davacı tarafından ... tarihinde dava açıldığı ve davacının ... tarihinde dava devam ederken vefat ettiği ... miras bırakanın açmış olduğu iptal davası hakkında verilecek kararın, davacının mirasçılarının menfaatini etkileyeceğinin kabul edilmesi gerektiği, ... davayı takip hakkı kendilerine geçen varislerin başvurularının beklenilmesi gerekirken 2577 sayılı Yasanın 26/2 maddesine dayanak alınmak suretiyle dilekçenin iptaline karar verilmesinde hukuki isabet görülmediği ... istinafa konu mezkur mahkeme kararının kaldırılmasına, yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine" dair Er-



derilmesine karar verilmektedir. Bir uyuşmazlıkta “*davacı tarafından dava dosyasına ... tarihinde sunulan bilgi ve belgelerden, davacının davanın açıldığı ... tarihinde ... posta giderini ödediği, bu durumda, posta gideri yatırılmış olmasına rağmen mahkemesince “Davanın Açılmamış Sayılmasına” karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı, ... istinaf başvurusunun kabulü ile ... Mahkemesince verilen davanın açılmamış sayılmasına dair ... sayılı kararın kaldırılmasına, dava konusu istem hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine*” karar verilmiştir.⁸⁷

İstinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerde, ilk derece mahkemesince usulden verilen kararların, istinaf aşamasında hukuka aykırı bulunması halinde, dosyanın mahkemesine gönderilmesi kanun koyucu tarafından amaçlanmıştır. Ancak 2577 sayılı Kanunun 45/5 maddesinde öngörülen ve tahdidi sayıdaki gönderme sebepleri dışında kalmakla birlikte, ilk derece mahkemesince incelenmeksizin ret, KVYO, davanın açılmamış sayılmasına ve dava dilekçesinin iptali gibi usulden verilen kararların da, istinaf aşamasında hukuka aykırı bulunması halinde mahkemesine gönderme kararı gerektirmesi ve uygulamanın da bu yönde olması, istinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerin gönderme kararı gerektiren sebepler yönünden, kanun koyucunun amaçladığı ihtiyacı karşılayacak nitelikte olmadığını göstermektedir. Bu nedenle 2577 sayılı Kanunun istinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılmalı ve 2577 sayılı Kanunun 45/5 maddesinde öngörülen tahdidi sayıdaki gönderme sebeplerine, ilk derece mahkemesince usulden verilen incelenmeksizin ret, KVYO, davanın açılmamış sayılmasına ve dava dilekçesinin iptali gibi haller de eklenmelidir.

zurum Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, 31.01.2019, E. 2019/70, K. 2019/209 sayılı kararı; benzer yönde İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, 12.12.2017, E. 2017/2838, K. 2017/2637 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 05.10.2019.

⁸⁷ Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, 17.04.2019, E. 2019/257, K. 2019/448 sayılı kararı; posta ücretinin yatırılmaması sebebine dayalı davanın açılmamış sayılması kararının kaldırılması ve mahkemesine gönderilmesine dair Ankara Bölge İdare Mahkemesi 11. İDD, 20.06.2019, E. 2019/3428, K. 2019/4043 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, 05.03.2019, E. 2019/381, K. 2019/386 sayılı kararı; “*davacının gösterdiği adreste veya şirketin ve kanuni temsilcisinin bilinen adreslerinde tebligat yapılabilecek olması sebebiyle dosyanın işlemden kaldırılmasını gerektirecek bir halin olmadığı, dolayısıyla dosyanın tekemmül ettirilerek esastan bir karar verilebileceği sonucuna varıldığından, davanın açılmamış sayılmasına dair verilen kararda yasal isabet bulunmadığı ... istinaf isteminin kabulüne, ... Vergi Mahkemesi'nin sayılı kararının kaldırılmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere Mahkemesine gönderilmesine*” dair Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3. VDD, 26.04.2018, E. 2018/214, K. 2018/353 sayılı kararı; aynı yönde Konya Bölge İdare Mahkemesi 3. VDD, 05.02.2019, E. 2018/1309, K. 2019/139 sayılı kararı; “*dilekçenin şirket yetkilisi tarafından düzenlendiği kabul edilmek suretiyle işleme konulması ve dosyanın tekemmül ettirilmesi suretiyle davanın esas hakkında karar verilmesi gerekirken imza sirkülerinin ibraz edilmediği gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı, ... Vergi Mahkemesinin ... sayılı kararının kaldırılmasına, dosyanın tekemmülü sağlanarak yeniden bir karar verilmek üzere mahkemesine gönderilmesine*” dair Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3. VDD, 18.04.2019, E. 2019/251, K. 2019/406 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 05.10.2019.

j. Eksik Gerekçeyle veya Gerekçe ile Hüküm Fıkrasının Uyumsuz Olarak Verilen Kararlarda

İdari yargıda bazı istinaf daireleri, esastan verilen ilk derece mahkemesi kararının, eksik gerekçeyle veya eksik incelemeye dayalı karar verildiği, kararın gerekçesi ile hüküm fıkrası arasında uyumsuzluk bulunduğundan bahisle, kararın kaldırılmasına ve yeniden karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar vermektedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta “*Vergi Mahkemesince, 2010 yılının ilgili dönemlerine ilişkin cezalı tarhiyatlara karşı açılan davada verilen kararın nihai durumu da dikkate alınmak suretiyle, 2011/Ocak dönemine devreden indirilecek katma değer vergisinin azaltılması işleminin, bakılan istinaf başvurusuna konu 2011/1 ila 6. dönemlere ilişkin cezalı tarhiyata etkisi yönünden de gereken araştırma ve hukuki denetim yapılarak davanın yeniden ele alınması ve uyuşmazlığın tamamı hakkında hüküm kurulması gerektiği, ... istinaf başvurularının kabulü ile ... Mahkemesi'nin ... sayılı kararının kaldırılmasına, ... yeniden karar verilmek üzere dosyanın Mahkemesine gönderilmesine*” karar verilmiştir.⁸⁸ Başka bir uyuşmazlıkta “*Gerekçesi bulunmayan ya da yeterli açıklıkta bir gerekçesi olmayan kararların, hukuki anlamda bütün unsurlarıyla oluşmuş “hüküm” niteliğini haiz bir karar olma niteliğinden söz edilemeyeceği, ... istinafa konu idare mahkemesi kararında, dava konusu işlemin hangi gerekçeyle hukuka uygun olduğunun veya davanın hangi gerekçe ile reddedildiğinin belirtilmemiş olması karşısında, işleme yönelik herhangi bir hukuki değerlendirme yapılmayan söz konusu mahkeme kararında usule ve hukuka uygunluk bulunmadığı, ... davacının istinaf başvurusunun kabulüne, ... sayılı kararının kaldırılmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine iadesine*” karar verilmiştir.⁸⁹

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması, Anayasanın 141/III. maddesi gereği zorunludur.⁹⁰ Anayasamızın 141/III. maddesine göre, “... bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır”. Mahkeme kararının içerik ve şekil ba-

⁸⁸ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2. VDD, 14.02.2018, E. 2017/1569, K. 2018/187 sayılı kararı; “*davacının gerekçeli karar hakkının ihlal edilmemesi ve İdari Yargılama Usulü Kanununun ilgili maddeleri gereği kararların gerekçeli olması kuralının yerine getirilmesi için tarhiyatın dayanağı vergi inceleme raporu ve ekleri incelenerek uyuşmazlık hakkında irdeleme yapılması ve değerlendirme sonucunun gerekçesiyle belirtilmesi icap etmekte olduğu, ... davacının istinaf başvurusunun kabulüne, ... Vergi Mahkemesi'nce verilen ... sayılı kararın kaldırılmasına ... yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının mahkemesine gönderilmesine*” dair Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 1. VDD, 25.12.2017, E. 2017/1985, K. 2017/2003 sayılı kararı; benzer yönde Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, 07.05.2019, E. 2018/8019, K. 2019/2399 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 06.10.2019.

⁸⁹ Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, 12.03.2018, E. 2018/56, K. 2018/225 sayılı kararı; “*yargısal incelemeyle varılan sonucun hukuki dayanağı ortaya konulmadan, eksik ve gerekçesiz hükümle verilen kararın kaldırılarak dosyanın mahkemesine gönderilmesine*” dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1. VDD, 23.05.2019, E. 2019/1443, K. 2019/1355 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 07.10.2019.

⁹⁰ Ersöz, a.g.m., s. 4104.

kımından tam olması için gerekçeli olması gerekir ve bu durum İYUK 24. maddesinde açıkça normlaştırılmıştır.⁹¹ Gerekçeli karar, adil yargılanma hakkının da somutlaşmış halidir.⁹² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, mahkeme kararlarının gerekçeli olma zorunluluğu yönünde bir düzenlemeye yer verilmemiş, bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından içtihat yoluyla kabul edilmiştir.⁹³ Mahkeme kararlarında yeterli açıklıkta gerekçe kısmı ile gerekçeye uyumlu hüküm fıkrasının bulunması “gerekçeli karar hakkı” bakımından mecburidir.⁹⁴

Gerekçe ile hüküm fıkrasının uyumsuz olarak verildiği bir uyuşmazlıkta, “*dayanağı kalmayan dava konusu ödeme emrinde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır gerekçesine yer verilmesine rağmen hüküm fıkrasında “dava konusu işlemin iptaline” hükmedildiği ... gerekçe ve bunun sonucu olan yargı (hüküm) arasında çelişki bulunan bir kararın usulüne uygun olarak oluşturulmuş bir karar olduğunun kabulüne ve hukuki denetiminin yapılmasına olanak bulunmadığı, ... gerekçesiyle uyumlu olmayan ve usul hükümlerine uygun bulunmayan kararın bu yönüyle kaldırılması ve yeniden bir karar verilmesi için dosyanın mahkemesine iade edilmesi gerektiği*” yönünde karar verilmiştir.⁹⁵

İdari istinaf uygulamasında, dava dosyasının yeniden karar verilmek üzere mahkemesine gönderilmesine yönelik verilen kararlardan en dikkat çekici olanı, bu gönderme karar türüdür. Çünkü bu tür gönderme kararlarında, ilk derece mahkemesi kararı esastan verilmiştir. Hukuka aykırılık ise eksik inceleme ile gerekçenin yetersiz veya uyumsuz olmasına dayandırılmaktadır.

⁹¹ Ersöz, a.g.m., s. 4104.

⁹² Ender Ethem Atay, “Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi ve İdari Yargıdaki Uygulaması”, *Danıştay Dergisi*, S. 147, 2018, s. 21.

⁹³ Sibel İncoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2005, s. 322.

⁹⁴ Orçun Keskin, B. No: 2014/11901, 08.02.2019; Ekol Grup Güvenlik Koruma ve Eğitim Hizmetleri Limited Şirketi, B. No: 2015/439, 08.02.2019.

⁹⁵ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, 30.01.2019, E. 2018/3111, K. 2019/322 sayılı kararı; “*cezalı tarhiyatların tümüne karşı açılmış tek bir dava ve tek bir karar bulunmadığı, her bir döneme karşı ayrı ayrı açılan davalarda verilen kararlar yönünden ... belirtilen eksikliklerin ve aykırılıkların ise; kararın sonucunu, taraflara etkisini, izlenecek idari prosedürü vs. etkileyeceği dikkate alındığında, Vergi Mahkemesince, her bir davaya konu işlemin dayandığı maddi olay ve somut uyuşmazlıkla ilişkili belgelerin doğru bir şekilde tespiti suretiyle değerlendirme yapılarak hukuki sonuca varılması ve bu sonuca göre yeniden düzenlenecek tablodan, incelenen uyuşmazlık dönemine ilişkin işlemin hukuki dayanağının olup olmadığının; hangi miktarda vergi-ceza tutarı yönünden hukuka uygun bulunduğu ya da bulunmadığının açıklığa kavuşturulması; buna göre davada tarafların haklılık oranlarının belirlenmesi suretiyle, tarafların üzerinde bırakılacak yargılama giderlerine yargılama usul hükümlerine uygun bir şekilde hükmedilmesi, sonuç itibarıyla kararın gerekçesi ve verilen hükmün birbiriyle uyumlu ve tutarlı olması gerektiği, bu nedenle, yukarıda izah edilen hususlar dikkate alınarak Vergi Mahkemesince yeniden bir karar verilmesi gerektiği sonucuna varıldığına” dair Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2. VDD, 26.09.2018, E. 2018/9, K. 2018/1165 sayılı kararı; benzer yönde Samsun Bölge İdare Mahkemesi 1. VDD, 19.06.2018, E. 2018/152, K. 2018/397 sayılı kararı.*

2577 sayılı Kanunun “kararlarda bulunacak hususlar” başlıklı 24/e maddesinde; kararlarda; kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi ve hükmün belirtileceği kuralına yer verilmiştir. Eksik gerekçe veya eksik incelemeye dayalı gönderme kararları, usul yönünden 2577 sayılı Kanunun 24/e maddesine aykırılıkla ilişkilendirilmektedir. Bu gönderme kararları, kanunda öngörülen gönderme kararlarından değildir. Bölge idare mahkemesinin bu tür kararları, idari yargı usul hükümleri ile ilişkilendirilmekte ise de, ortada gönderme kararı gerektirecek nitelikte bir usule aykırılıktan söz etmeye hukuken olanak bulunmamaktadır. İlk derece mahkemesi kararında tespit edilen her türlü usule aykırılık, kararın tekrar incelenmek üzere mahkemesine gönderilmesini gerektirmez. Aksi halde, 2577 sayılı Kanunun 45/4 maddesinin uygulanma olanağı ortadan kalkar. Diğer bir deyişle, eksik gerekçe veya eksik incelemeyle esastan verilen ilk derece mahkeme kararlarının hiç biri, bölge idare mahkemesince hukuka aykırı bulunduğundan sonra, işin esası hakkında yeniden karar verilemez. Bu nedenle, bölge idare mahkemesince verilen bu kararların kanuna açık aykırılık teşkil ettiği ve yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet verdiği düşüncesindeyiz. Eksik incelemeye dayalı veya yetersiz gerekçe ile verilen ilk derece mahkeme kararları, bölge idare mahkemesince hukuka aykırı bulunduğundan sonra kaldırılmalı, akabinde gerekli inceleme ve araştırma yapılmalı, inceleme sırasında ihtiyaç duyulması hâlinde, kararı veren mahkeme veya başka bir yer idare ya da vergi mahkemesi ile istinabe olunarak işin esası hakkında yeniden karar verilmelidir. Diğer bir deyişle, eksik incelemeye dayalı veya yetersiz gerekçe ile verilen ilk derece mahkeme kararları, istinafin maddi yönü kapsamında giderilmesi ve düzeltilmesi mümkündür. Aksi bir uygulama, istinaf kanun yoluyla amaçlanan hızlı yargılamayı engeller.

İdari yargıda istinaf kanun yolu uygulamasının yeni geliştiği de dikkate alındığında, bu tür gönderme kararlarının önüne geçmek ve yargılamanın gereksiz yere uzatılmasını engellemek amacıyla, 2577 sayılı Kanunun istinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılmalıdır. Değişiklikle, istinaf incelemesinde tespit edilen hangi tür usule aykırılıkların dosyayı mahkemesine gönderme sebebi oluşturduğu açık ve net olarak belirtilmelidir. Diğer durumlarda ise, bölge idare mahkemesince gerekli araştırma yapılarak, istinaf incelemesinin maddi yönü kapsamında işin esası hakkında yeniden karar verileceği düzenlemesine yer verilmelidir.

k. Kanunda Öngörülme Diğer Gönderme Sebepleri

İdari yargı uygulamasında bölge idare mahkemeleri, diğer bir çok usuli sebebe dayanarak, kanunda öngörülme gönderme kararı vermektedir. Örneğin, ilk derece idare veya vergi mahkemesince dava dosyasının işleminden kaldırılma-

sı gerekirken, uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi hallerinde, bölge idare mahkemeleri, bu kararın kaldırılmasına ve yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar vermektedir. Bir uyuşmazlıkta “*dava esnasında davacının ölmesi nedeniyle 2577 sayılı Yasanın 26. maddesi uyarınca dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilmesi gerekmekte olup, vergi mahkemesince uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesinde hukuka ve usule uygunluk bulunmadığından istinaf başvurusuna konu kararın kaldırılması gerektiği, ... kararının kaldırılmasına, ... yeniden bir karar verilmek üzere ... dosyanın mahkemesine gönderilmesine*” karar verilmiştir.⁹⁶

Uygulamada bölge idare mahkemeleri, görüşme tutanağı ile kararı imzalayan hakimlerin farklı olmasını,⁹⁷ kararda eksik imzanın bulunması,⁹⁸ görüşme tutanağı ve mahkeme kararının hüküm fıkrası arasında çelişki bulunması⁹⁹ halle-

⁹⁶ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD, 31.05.2017, E. 2017/2038, K. 2017/2419 sayılı kararı; “... her iki adreste de davacıya tebliğat yapılamadığı, esasen, tebliğat yapılamamasının istinafa konu kararın verildiği ... tarihi öncesine uzandı. ... davacının gösterdiği adrese tebliğat yapılamaması üzerine 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun yukarıda bahsi geçen 26. maddesinin 3. ve 4. bentleri uyarınca işlem yapılması gerektiği ... davalı idare tarafından yapılan istinaf isteminin kabulüne, ... kararın kaldırılmasına, kaldırma kararı doğrultusunda yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan mahkemeye gönderilmesine” dair Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, 20.02.2019, E. 2018/1833, K. 2019/240 sayılı kararı; “davacının özel hukuk tüzel kişiliğini yitirdiği, başka bir ifadeyle medeni hakları kullanma ehliyetini, yani fiil ehliyetini, dolayısıyla davacı olma sıfatını kaybettiği, bu nedenle hakkında karar verilmesine hukuken olanak bulunmadığı ortada olup, Vergi Mahkemesince 2577 sayılı Kanunun 26. maddesi gereğince davayı takip hakkı kendisine geçen başvurusuna kadar dosyanın işlemde kaldırılması, davayı takip hakkı kendisine geçen yenileme dilekçesi vermesi durumunda ise dosya tekemmül ettirilerek karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmakta olup, istinaf isteminin kabulüyle, Mahkeme kararının kaldırılmasına ve dosyanın, 2577 sayılı Kanunun 26. maddesi uyarınca bir karar verilmek ve davayı takip etme yetkisi kendisine geçen şirket davadan ve anılan madde hükmü uyarınca verilecek karardan haberdar edilmek üzere Mahkemesine iadesine” dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. VDD, 11.06.2019, E. 2018/3660, K. 2019/1651 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 08.10.2019.

⁹⁷ “görüşmeye katılmayan başkan ve üye tarafından imzalanan kararın dava dosyası ile karar dosyasına konulmasında ve anılan kararın taraflara tebliğ edilmesinde yargılama hukuku kurlarına u. görülmediği, davalı itirazının kabulüne, ... sayılı kararının kaldırılmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Mahkemesine gönderilmesine” dair İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3. VDD, 31.10.2018, E. 2018/2913, K. 2018/2862 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 09.10.2019.

⁹⁸ “istinafa konu mahkeme kararında adı geçen üye ...'ün gerek görüşme tutanağında ve gerekse mahkeme kararında imzasının bulunmadığı, bunun yerine “imzada bulunamadı” kaşesinin vurulduğu; Uyap ortamında ise görüşme tutanağı ve mahkeme kararının başkan ... ve üye ... tarafından e-imza ile imzalandığı ... üç kişi ile yapılacak olan toplantıda kararın oluşabilmesi için en az iki üyenin aynı yönde oy kullanması ve varsa karşı oy kullanan üyenin belirtilmesi suretiyle kararın oluşturulması gerektiği, istinafa konu kararda bu koşulun sağlanamadığı görüldüğünden, 2577 sayılı Kanunun öngördüğü şekilde usulüne uygun alınmış bir kararın oluşturulduğundan söz edilemeyeceği, ... usulüne uygun alınmamış mahkeme kararının kaldırılarak, yeniden bir karar verilmek üzere mahkemesine gönderilmesi gerektiğine” dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1. VDD, 22.10.2018, E. 2018/2024, K. 2018/2585 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. VDD, 22.11.2017, E. 2017/315, K. 2017/2585 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 09.10.2019.

⁹⁹ “kararın gerekçesinde dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı belirtilerek hüküm fıkrasında “davanın reddine” karar verildiği, görüşme tutanağında ise karar sonucu olarak “iptal” yazıldığı anlaşılmakta olup; karar sonucu bakımından görüşme tutanağı ve mahkeme kararının

rinde verilen ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar vermektedir.

C. Gönderme Kararlarına Karşı Kanun Yolu

Bölge idare mahkemelerince, kanunda öngörülen gönderme kararları yanında kanunda öngörülmeyen gönderme kararları da verildiğinden, bu kararlara karşı kanun yolu bulunup bulunmadığının da irdelenmesi gerekir.

2577 sayılı Kanunun 45/5. maddesinde öngörülen ve tahdidi sayıdaki gönderme kararlarına karşı, kanun yoluna başvurulması hukuken olanaklı değildir. Çünkü bu kararlar kesin olarak verilmektedir. Bu kararların kesinliğinden, hem bu kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulamayacağı,¹⁰⁰ hem de bu kararların ilk derece idare ve vergi mahkemelerini bağlayıcı olduğu sonucu çıkmaktadır.

Bölge idare mahkemelerinin temyize açık olmayan kararları kesindir (İYUK 46). 2577 sayılı Kanunun 46. maddesinde, istinaf aşamasında verilen ve hangi konuya ait kararların temyiz kanun yoluna açık olduğu hüküm altına alınmıştır. Kanunda öngörülmeyen gönderme kararlarına, isminden de anlaşılacağı üzere, kanunda açık olarak yer verilmediğinden, bu kararlara temyiz kanun yolunun kapalı olduğuna ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, kanunda öngörülmeyen gönderme kararları, kanun yolu bakımından diğer kararlardan ayrı bir özelliğe sahip değildir. Bu kararların kesin olarak verildiği, kanun yolu kapalı olduğu söylenemez. Gönderme kararı, konusu bakımından 2577 sayılı Kanunun 46. maddesinde yer verilen temyiz edilebilecek kararlardan ise, temyiz kanun yoluna başvurulabilir.

Uygulamada bölge idare mahkemeleri, kanunda öngörülmeyen gönderme kararlarını da, 2577 sayılı Kanunun 45/5. maddesine dayandırmakta ve kararları kesin olarak vermektedir. Dava konusu itibarıyla temyiz edilecek kararlardan olsa dahi, gönderme kararları kesin olarak verilmektedir. Örneğin, *öğrencilikle ilişkisinin kesilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada verilen karar verilmesine yer olmadığı yönündeki mahkeme kararı, istinaf aşamasında, uyumsuzluk incelenmek suretiyle bir karar verilmesi gerektiğinden bahisle kaldırıl-*

gereğesi ile hüküm fıkrası arasındaki bu çelişki usule aykırılık oluşturduğundan, istinafa konu kararda usul kurallarına uygunluk görülmediği, ... istinaf başvurularının kabulüne ... sayılı kararının kaldırılmasına ... yeniden bir karar verilmek üzere dava dosyasının mahkemesine gönderilmesine" dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, 24.10.2018, E. 2018/2984, K. 2018/1929 sayılı kararı; benzer yönde Ankara Bölge İdare Mahkemesi 11. İDD, 19.10.2017, E. 2016/15211, K. 2017/35244 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, 30.05.2018, E. 2017/1871, K. 2018/999 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 09.10.2019.

¹⁰⁰ Çağlayan (Kanun Yolları), a.g.e., s. 341.

masına ve yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının mahkemesine gönderilmesine kesin olmak üzere karar verilmiştir.¹⁰¹ Aksi yönde uygulama da¹⁰² bulunsa da çoğunluk kararlar bu yöndedir. Bölge idare mahkemelerince verilen kanunda öngörülmeven gönderme kararları, 2577 sayılı Kanunun 45/5. maddesi kapsamında değildir. Bu nedenle, istinaf aşamasında verilen kanunda öngörülmeven gönderme kararlarında, dayanak olarak 2577 sayılı Kanunun 45/5. maddesinin gösterilmesi ve konusu bakımından temyiz yolu açık olanlarda da kara-

¹⁰¹ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD, 26.06.2019, E. 2019/2224, K. 2019/1756 sayılı kararı; aynı yönde Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD, 23.05.2019, E. 2019/1596, K. 2019/1365 sayılı kararı; "Yükseköğretim Kurumundan Çıkarma" disiplin cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada verilen karar verilmesine yer olmadığı yönündeki mahkeme kararı, istinaf aşamasında, uyuşmazlık incelenmek suretiyle bir karar verilmesi gerektiğinden bahisle kaldırılmasına ve yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının mahkemesine gönderilmesine kesin olmak üzere karar verilmesine, dair Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD, 14.02.2019, E. 2018/1481, K. 2019/279 sayılı kararı; imar planının iptali istemiyle açılan davada verilen iptal kararı, istinaf aşamasında, doğru hasım yönünden de dosyanın tekemmülü sağlandıktan sonra yeniden bir karar verilmesi gerektiğinden bahisle kaldırılmasına ve yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının mahkemesine gönderilmesine kesin olmak üzere karar verilmesine, dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, 27.09.2019, E. 2019/1459, K. 2019/1628 sayılı kararı; imar planının iptali istemiyle açılan davada verilen kısmen iptal kısmen ret kararı, istinaf aşamasında, birbiri ile çelişen ifadeler içeren İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmediğinden bahisle kaldırılmasına ve yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının mahkemesine gönderilmesine kesin olmak üzere karar verilmesine, dair Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, 30.05.2019, E. 2018/590, K. 2019/658 sayılı kararı; imar planının iptali istemiyle açılan davada verilen iptal kararı, istinaf aşamasında, dosyanın tekemmülü sağlanmadan uyuşmazlığın esasının karara bağlandığında bahisle kaldırılmasına ve yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının mahkemesine gönderilmesine kesin olmak üzere karar verilmesine, dair Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, 28.12.2018, E. 2018/1254, K. 2018/1152 sayılı kararı; maden mevzuatının uygulanmasına ilişkin işleme karşı açılan davada verilen iptal kararı, istinaf aşamasında, kapatılan Başbakanlığın yerine Cumhurbaşkanlığının, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı yerine de Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğünün hasım olarak belirlenmesi gerektiğinden bahisle kaldırılmasına ve yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının mahkemesine gönderilmesine kesin olmak üzere karar verilmesine, dair Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, 17.05.2019, E. 2019/975, K. 2019/872 sayılı kararı; maden mevzuatının uygulanmasına ilişkin işleme karşı açılan davada verilen ret kararı, istinaf aşamasında, duruşma yapılmaksızın verilen kararda usul hükümlerine uyarlık bulunmadığından bahisle kaldırılmasına ve yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının mahkemesine gönderilmesine kesin olmak üzere karar verilmesine, dair Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, 06.02.2019, E. 2018/1385, K. 2019/141 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 10.10.2019.

¹⁰² İlk derece mahkemesince verilen davanın açılmamış sayılmasına dair mahkeme kararının istinaf aşamasında bölge idare mahkemesince kaldırılmasına; yeniden karar verilmek üzere dosyanın anılan mahkemeye gönderilmesine; Danıştay nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere verilmesine, dair Konya Bölge İdare Mahkemesi 3. VDD, 28.09.2018, E. 2018/327, K. 2018/1171 sayılı kararı; davanın reddine karar veren İstanbul 10. İdare Mahkemesinin ... sayılı kararının, yanlış hasımla verildiğinden hukuki isabet görülmediğinden bahisle kaldırılmasına ve yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının mahkemesine gönderilmesine kesin olmak üzere karar verilmesine, dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 6. İDD, 25.09.2019, E. 2019/1467, K. 2019/1399 sayılı kararı; Şanlıurfa 1. İdare Mahkemesi'nce verilen ... sayılı iptal kararının, disiplin cezaları için ayrı ayrı dava açılmak üzere 2577 sayılı Kanun'un 15/1-d. maddesi uyarınca dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek karar verilmesinde hukuki isabet görülmediğinden bahisle kaldırılmasına ve yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının mahkemesine gönderilmesine kesin olmak üzere karar verilmesine, dair Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, 05.09.2019, E. 2019/1437, K. 2019/1503 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 11.10.2019.

rın kesin olarak verilmesi, açık kanuna aykırılık teşkil etmektedir. Konusu bakımından temyiz yolu açık olan davalarda, istinaf incelemesi sonucu kararın kesin olarak verilmesi, hak arama hürriyetini kısıtlayıcı nitelik taşır. Bu nedenle, 2577 sayılı Kanunun istinaf kanun yoluna ilişkin hükümleri yeniden ele alınmalı, kanunda öngörülmeyen gönderme kararları yönünden açık kanuni düzenleme yapılmalı, bu kararlara karşı temyiz yolunun açık olup olmadığı hususu da açıklığa kavuşturulmalıdır.

D. Gönderme Kararlarının Bağlayıcılığı Sorunu

İstinaf incelemesi sonucu, dosyanın mahkemesine gönderilmesi yönünde verilen bölge idare mahkemesi kararlarının, ilk derece mahkemesi yönünden bağlayıcı olup olmadığı hususundaki irdelenmesi gerekir.

2577 sayılı Kanunun 45/5. maddesinde öngörülen gönderme kararları kesin olarak verilmektedir. Bu kararların kesinliğinden, bu kararların ilk derece idare ve vergi mahkemelerini bağlayıcı olduğu, ilk derece mahkemesinin kendi kararında direnme¹⁰³ veya gönderme gerekçesi dışında işlem yapma yetkisi olmadığı sonucu çıkmaktadır. Kanunda öngörülmeyen gönderme kararlarının ise, kesin olarak verildiğine ilişkin kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu kararların, ilk derece mahkemesini bağlayıcı olup olmadığı, bu kararlara direnilmesinin mümkün olup olmadığı ayrı bir sorun teşkil etmektedir.

Uygulamada bazı ilk derece mahkemeleri, kanunda öngörülmeyen sebebe dayalı gönderme kararlarını, 2577 sayılı Kanun'un 45/5. maddesinde belirtilen sebeplere dayanmadığı, yürürlükteki mevzuata aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle ilk kararında ısrar edilmesine yönelik kararlar verebilmektedir.¹⁰⁴ Bu yöndeki ısrar kararlarını inceleyen bölge idare mahkemeleri ise, 2577 sayılı Kanunun istinaf kanun yolunu düzenlediği 45. maddeyi yorumlama ve uygulama yetkisinin münhasıran bölge idare mahkemelerine ait olduğu, ilk derece mahkemelerinin, üst mahkeme olan bölge idare mahkemesi kararlarının hukuka uygunluğunu sorgulama, kesin kararlarına aykırı nitelikte bir karar verme veya ilk kararında ısrar etme yetkilerinin bulunmadığı, bölge idare mahkemesi kararlarından temyiz ka-

¹⁰³ Çağlayan (Kanun Yolları), a.g.e., s. 336.

¹⁰⁴ İzmir 4. Vergi Mahkemesi 17.01.2018, E. 2017/2114, K. 2018/62 sayılı kararı; aynı yönde Ankara 15. İdare Mahkemesi, 27.04.2017, E. 2017/429, K. 2017/1150 sayılı kararı; İzmir 1. Vergi Mahkemesi, 13.12.2018, E. 2018/1498, K. 2018/2198 sayılı kararı; "... Mahkememizce davanın esası hakkında karar verilerek görevini tamamlamış olması nedeniyle, davanın esası hakkında Mahkememizin yeniden bir karar verme konusunda görev ve yetkisi bulunmadığından, bu aşamadan sonra dava hakkında karar verme konusunda İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2. Vergi Dava Dairesi görevli ve yetkili olduğundan, karar verilmesine yer olmadığına, dava dosyasının İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2. Vergi Dava Dairesi'ne iadesine" dair Balıkesir Vergi Mahkemesi, 30.01.2018, E. 201/14, K. 2018/113 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 12.10.2019.

nun yoluna tabi olanlar için hukukilik denetiminin ise ancak Danıştay tarafından yapılabileceği gerekçesiyle, ısrar kararının kaldırılmasına ve ilk gönderme kararı doğrultusunda, yargılamayı sürüncemede bırakmayacak şekilde yeniden bir karar verilmek üzere dosyayı mahkemesine tekrar göndermektedir.¹⁰⁵ İlk derece mahkemesince verilen ısrar kararlarının kaldırılması yönündeki bölge idare mahkemesi kararlarında yer verilen gerekçelere katılmıyoruz. Çünkü bölge idare mahkemeleri bu kararlarında, kanunda öngörülmeleyen sebebe dayalı gönderme kararlarını, 2577 sayılı Kanun'un 45/5. maddesine dayalı olduğu görüşünde ısrar etmektedir. Bu tür gönderme kararlarının kesin olduğuna ilişkin açık bir kanun hükmü olmadığından, ilk derece mahkemelerinin direnme hakkı bulunmadığını savunmak olanaklı değildir. Bu tür kararların kesin olduğunu savunmakla, sorunun çözülmeyeceği düşüncesindeyiz. Sorunun çözümü için 2577 sayılı Kanunda değişiklik yapılmalıdır. Kanun değişikliği ile, istinaf aşamasında verilen ve kanunda öngörülmeleyen gönderme kararları yönünden açık kanuni düzenleme yapılmalı, bu kararların kesin olup olmadığı hususu da açıklığa kavuşturulmalıdır.

SONUÇ

2577 sayılı Kanunda öngörülen istinaf kanun yoluna ilişkin hükümler, 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 20.07.2016 tarihinden itibaren fiilen uygulanmaya başlamıştır. Temyiz kanun yolunda olduğu gibi, istinaf kanun yolunda da verilecek karar türleri, kanunda özel olarak düzenlenmiştir. 2577 sayılı Kanuna göre, istinaf kanun yolunda verilecek kararlar; istinaf isteminin reddi, istinaf başvurusunun kabul edilerek ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve işin esası hakkında yeniden bir karar verilmesi, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve yeniden karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesi kararlarıdır.

2577 sayılı Kanuna göre, ilk derece mahkeme kararının kaldırılarak yeniden karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesi kararı gerektiren sebepler, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusu haklı bulunması, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olmasıdır. Bu kararlar, kanunda öngörülen tahdidi sayıdaki gönderme kararlarıdır.

Uygulamada bölge idare mahkemeleri istinaf incelemesi sonucunda, kanunda öngörülen sebeplere dayanılarak gönderme kararları verdiği gibi, kanun-

¹⁰⁵ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3. VDD, 05.04.2019, E. 2019/267, K. 2019/802 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2. VDD, 18.09.2018, E. 2018/1051, K. 2019/893 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İDD, 29.11.2017, E. 2017/947, K. 2017/946 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 12.10.2019.

da öngörülmeleyen bir çok sebebe dayanılarak da dosyanın mahkemesine gönderme kararları vermektedir. İstinaf kanun yolunda verilen ve kanunda öngörülmeleyen gönderme kararı gerektiren sebepler, dava dosyasının tekemmül ettirilmemesi, dava konusunun hatalı belirlenerek yargılama yapılması veya kararda eksik hüküm bulunması, duruşma yapılmadan karar verilmesi, davanın açılmamış sayılmasına veya dilekçenin reddine karar verilmesi, dosya işleminden kaldırılmadan karar verilmesi, esastan karar verilen bir dosyada dava dilekçesini reddi veya merciine tevdi gerektiren sebeplerin bulunması, KVYO veya incelenmeksizin ret kararlarının hukuka aykırı bulunması, eksik veya yanlış hasımla davanın görülmesi, eksik inceleye dayalı olarak karar verilmesi, eksik gerekçeyle veya gerekçe ile hüküm fıkrası arasında uyumsuzluk bulunması, kararda imzanın eksik olması veya görüşme tutanağı ile kararın çelişkili olması ve benzeri usuli durumlar gösterilebilir.

2577 sayılı Kanunda tahdidi olarak sayılan ve istinaf aşamasında gönderme kararı gerektiren hallere benzer şekilde, ilk derece mahkemesince usulden verilen ve gönderme kararı gerektiren sebepler de ortaya çıkabilmektedir. Bunlar incelenmeksizin ret, KVYO, davanın açılmamış sayılmasına veya dava dilekçesinin iptaline dair kararlardır.

2577 sayılı Kanunda öngörülen ve istinaf aşamasında gönderme kararı gerektiren sebeplerin ortak özelliği, ilk derece mahkemesince verilen kararların esastan verilmeyip usulden verilmiş olması ya da esastan da olsa usulden de olsa mahkemece verilmemesi (davaya görevsiz veya yasaklanmış hakimin bakması gibi) gerektiğidir. Burada kanun koyucu, esastan verilmeyen ilk derece mahkemesi kararlarının kaldırılarak mahkemesine gönderilmesi ve bu şekilde mahkemesince esastan bir karar verilmesini amaçlamaktadır.

İlk derece mahkemesince verilen incelenmeksizin ret, KVYO, davanın açılmamış sayılmasına veya dava dilekçesinin iptaline dair usul kararlarının, istinaf aşamasında hukuka aykırı bulunması halinde, dosyanın mahkemesine gönderme kararı gerektirmesi ve uygulamanın da bu yönde olması nedeniyle, 2577 sayılı Kanunun istinaf kanun yoluna ilişkin hükümler, gönderme kararı gerektiren sebepler yönünden kanun koyucunun amaçladığı ihtiyacı karşılayacak nitelikte olmadığını göstermektedir. Bu nedenle 2577 sayılı Kanunun istinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılmalı ve 2577 sayılı Kanunun 45/5. maddesinde öngörülen tahdidi sayıdaki gönderme sebeplerine, ilk derece mahkemesince usulden verilen incelenmeksizin ret, KVYO, davanın açılmamış sayılmasına ve dava dilekçesinin iptali gibi haller de eklenmelidir.

İstinaf aşamasında, kanunda öngörülmeleyen gönderme kararı gerektiren diğer sebepler yönünden ise ilk derece mahkemesi kararları, uyumsuzluğu esas

yönünden çözen kararlara ilişkindir. Bölge idare mahkemeleri, bu tür gönderme kararlarında da, usul hükümlerine aykırılık gerekçesini dayanak almaktadır. Bu tür gönderme kararı gerektiren sebepler yönünden, ilk derece mahkeme kararları, bazı durumlarda ağır usule aykırılık teşkil edebilmektedir. Dilekçe ret gerektiren sebepler bulunduğu halde esastan karar verilmesi, davanın yanlış hasımla görülmesi, ağır usule aykırılığa örnek gösterilebilir. Ancak, uygulamada ağır usule aykırılık olmayan durumlarda da, esastan verilen ilk derece mahkeme kararı, yeniden karar verilmek üzere mahkemesine gönderilmektedir. Örneğin ilk derece mahkemesince duruşma veya davanın ihbarı yapılmadan, eksik gerekçe veya eksik incelemeye dayalı olarak verilen esastan kararlar da usule aykırılık gerekçesiyle kaldırılmakta ve mahkemesine gönderilmektedir.

İlk derece mahkemesince esastan verilen kararların istinaf incelemesi aşamasında, kanunda öngörülmemen gönderme kararı verilmesinin sebebi, bazen 2577 sayılı Kanunda boşluk olmasından kaynaklanmakta, bazen ise idari yargı mercilerinin konuya yaklaşımından kaynaklanmaktadır.

İlk derece mahkemesince esastan verilen kararlarda, ağır usule aykırılık teşkil etmeyen ve bölge idare mahkemesince giderilebilecek usuli işlemler nedeniyle, yeniden karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmemesi gerekir. İlk derece mahkemesince yapılmayan duruşma veya davanın ihbarı, eksik gerekçe veya eksik inceleme bölge idare mahkemesince, istinaf incelemesinin maddi yönü kapsamında tamamlanabilir. Bu şekilde yapılacak uygulama, yargılamanın en az masrafla ve kısa sürede yapılmasıyla adil yargılamaya da hizmet etmiş olacaktır. Ancak uygulamada bölge idare mahkemeleri, ilk derece yargılama aşamasında duruşma veya ihbar yapılmadan, merciine tevdi kararı verilmeden, eksik gerekçe veya eksik inceleme dayalı olarak esastan verilen kararları kaldırmakta ve yeniden karar verilmek üzere dosyayı mahkemesine göndermektedir. İdari yargıda istinaf kanun yolu uygulamasının yeni geliştiği de dikkate alındığında, bu tür gönderme kararlarının önüne geçmek ve yargılamanın gereksiz yere uzatılmasını engellemek amacıyla, 2577 sayılı Kanunun istinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılmalıdır. Değişiklikle, esastan verilen bir kararın istinaf incelemesinde tespit edilen hangi tür usule aykırılıkların, dosyayı mahkemesine gönderme sebebi oluşturduğu açık ve net olarak belirtilmelidir. Diğer durumlarda ise, bölge idare mahkemesince gerekli araştırma yapılarak işin esası hakkında yeniden karar verileceği düzenlemesine yer verilmelidir.

Kanunda öngörülmemen gönderme kararları, kanun yolu bakımından diğer kararlardan ayrı bir özelliğe sahip değildir. Bu tür gönderme kararı, konusu bakımından 2577 sayılı Kanunun 46. maddesinde yer verilen temyiz edilebilecek kararlardan ise, temyiz kanun yoluna başvurulabilir. Ancak bölge idare

mahkemeleri, kanunda öngörülmeven gönderme kararlarını, 2577 sayılı Kanunun 45/5. maddesine dayandırmakta ve dava konusu itibariyle temyiz edilecek kararlardan olsa dahi, gönderme kararları kesin olarak verilmektedir. Bölge idare mahkemelerince verilen kanunda öngörülmeven gönderme kararları, 2577 sayılı Kanunun 45/5. maddesi kapsamında olmadığından, konusu bakımından temyiz yolu açık olanlarda da kararın kesin olarak verilmesi, açık kanuna aykırılık teşkil etmektedir. Öte yandan istinaf aşamasında verilen kanunda öngörülmeven gönderme kararlarının, ilk derece mahkemesini bağlayıcı olup olmadığı, bu kararlara direnilmesinin mümkün olup olmadığı da uygulamada ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Bu nedenle, 2577 sayılı Kanunun istinaf kanun yoluna ilişkin hükümleri yeniden ele alınmalı, kanunda öngörülmeven gönderme kararları yönünden açık kanuni düzenleme yapılmalı, bu kararların kesin olup olmadığı hususu da açıklığa kavuşturulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akkaya, Tolga, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf*, Ankara 2009.
- Alan, Nuri, “İptal Davasının Ön ve Esâstan Kabul Şartları”, *Danıştay Dergisi*, 1983, Y. 13, S. 50-51, s. 22-50.
- Aslan, Zehreddin, “Türk İdari Yargı Sisteminde Re’sen Araştırma İlkesi”, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, İstanbul, Ekim 2000.
- Atay, Ender Ethem, “Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi ve İdari Yargıdaki Uygulanması”, *Danıştay Dergisi*, S. 147, 2018, s. 7-32.
- Avcı, Mustafa, “İdari Yargıda İstinaf”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, S. 96, s. 179-204.
- Avcı, Mustafa, *İdari Yargılama Usulündeki Son Yenilikler ve İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu*, Ankara 2017.
- Bilge, Necip, “Üst Mahkemeler”, *Sabri Şakir Ansay’a Armağan*, Ankara 1964.
- Bilgin, Hüseyin, *İdari Yargı İçin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulama Rehberi*, Ankara 2017.
- Bilgin, Hüseyin, “Beşinci Yargı Paketiyle İdari yargıdaki Son Değişiklikler Hakkında Bir İnceleme”, *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S. 2, s.149-186.
- Bilgin, Hüseyin, *99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi*, Ankara 2016.
- Boran Güneysu, Nilüfer, *Medeni Usul Hukukunda Karar*, Ankara 2014.
- Candan, Turgut, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara 2015. (İdari Yargılama)
- Çağlayan, Ramazan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Ankara 2004.
- Çağlayan, Ramazan, *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara 2016. (İdari Yargılama)
- Çağlayan, Ramazan, *İdari Yargı Kararlarına Karşı Kanun Yolları*, Ankara 2017. (Kanun Yolları)
- Çınar, Ali Rıza, “İstinaf”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, 2010, Y. 2, S. 8.
- Çınarlı, Serkan, *İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri*, Ankara 2018.
- Çiftçi, Murat Özgür, *Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf*, Ankara 2016.
- Dilşat, Yılmaz, “İdari Yargıda Görev İş Dağılımı Paradoksu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 4, s. 263-267.
- Dinç, M. İlhan/Turgut Candan, “İdari Yargılama Usulünde Davanın İhbarı (Duyurulması)”, *Danıştay Dergisi*, 1992, S. 84-85.
- Doğru, Osman /Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, Ankara 2012.

- Eraslan, Yunus/Selman Sacit Boz, “İdari Yargılama Usulünde İncelenmeksizin Ret Kararları”, *Türk İdare Dergisi*, Y. 91, Haziran 2019, S. 488, s. 203-241.
- Ergen, Cafer, *İdari Yargılama Usulü Kanunu Şerhi*, Ankara 2008.
- Ersöz, Ahmet Kürşat, “Türk İdari Yargılama Hukukunda Karar Verme Usulü ve Hükümün Tesis Edilmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2018, C. 16, S. 189, s. 4095-4132.
- Gölcüklü, Feyyaz/A. Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 2013.
- Gözübüyük, A. Şeref, *Yönetmelik Yargı*, Ankara 2017.
- Gözübüyük, Şeref/Turgut Tan, *İdari Yargılama Hukuku*, C. II, Ankara 2016.
- Gürdoğan, Burhan, “Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, 1966, C. 11, S. 3, s. 258-285.
- Hondu, Selçuk, “İdari Yargılama Usulünde Duruşma Yapılması ve Uygulamadaki Durum”, *Danıştay Dergisi*, S. 89, s. 3-16.
- Işıklar, Celal, “İdari Yargılamada İlk İncelemenin Sıra, Düzen ve Usulü”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 1, Y. 2, S. 6. (İlk İnceleme)
- Işıklar, Celal, “İdari Yargıda Duruşma”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, C. 2, S. 4, s. 45-100.
- İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ankara 2013.
- İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2005.
- İşçi, Jülide, *İdari Mercii Tecavüzü*, Ankara 2019.
- Kafalat, Ahmet, “İdari Yargılama Usulü Kanunu’na Göre Üçüncü Şahısların Davaya Katılması (Fer’i Müdahale)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S. 73.
- Kalabalık, Halil, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, Nisan 2016.
- Karavelioğlu, Celal/Erdem Cemil Karavelioğlu, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara 2015.
- Köksal, Mustafa, “İdari Yargıda Duruşma ve Duruşmaya İlişkin Uygulamadaki Sorunlar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2009, S. 38, s. 139-150.
- Kuru, Baki, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2019.
- Memişoğlu, Sami Özgür, “Hukuk Yargılamasında İstinafa Başvuru Usulü ve İstinafa Yeni Vakıa ve Delillere Dayanılması”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2012, C. 10, S. 113.
- Namlı, Mert, “İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2016, S. 36, s. 119-147.

- Odyakmaz, Zehra, *Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, İstanbul 1993.
- Odyakmaz, Zehra/Ümit Kaymak / İsmail Ercan, *İdari Yargı*, İstanbul 2011.
- Oğurlu, Yücel, “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re’sen Araştırma İlkesi”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1998, C. II, S. 2.
- Pekcanitez, Hakan /Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul 2018.
- Pekcanitez, Hakan, “İstinaf Mahkemeleri”, *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Makaleler*, İstanbul 2016, s. 217-233.
- Sancakdar, Oğuz, “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu*, Ankara 2012, s. 2237-2326.
- Taner, Selda, “Vergi Yargısında İstinaf Üzerine Bir Değerlendirme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, S. 136, s. 185-224.
- Türk, Ender, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında İdari Yargılama Hukukunda Üçüncü Kişilerin Davaya Müdahalesi”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Eylül 2013, C. 13.
- Yasin, Melikşah, “İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, C. LXIX, S. 1-2.
- Yayla, Deniz Meraklı, *Medeni Usul Hukuku’nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkiyat Yapılması*, Ankara 2014.
- Yenice, Kazım/Yüksel Esin, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü*, Ankara 1983.
- Yıldırım, Ramazan, “Türk İdari Yargısında Görev ve Yetki”, *Amme İdaresi Dergisi*, 1996, C. 29, S. 3.
- Yıldırım, Ramazan, *Türk İdari Rejimi Dersleri*, C. 3, Konya 2014.
- Yıldırım, Turan, *İdari Yargı*, İstanbul, 2010.
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Şerhi*, Ankara 2013.

Limited Şirket Ortağının Kamu Borçlarından Sorumluluğu ve Danıştayın 2013/1 E. ve 2018/1 K. Sayılı İBK Üzerine Kısa Bir Değerlendirme^(*)

Liability of Limited Company Shareholder for Public Debt and a Brief Assessment of the İBK Numbered 2013/1 E. and 2018/1 K. of the Council of State

Arş. Gör. **İlknur KAYA^(**)**

Öz

Limited şirket ortakları kural olarak yalnızca limited şirkete karşı sorumludur. Bu sorumluluk, ortakların şirkete getirmeyi taahhüt ettikleri sermaye payı borcundan ve eğer anasözleşmede öngörülmüşse ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinden doğar. Ortakların belirtilen sorumluluğunun istisnalarından biri, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un (AATUHK) 35. maddesinde yer alır. Maddeye göre; *“limited şirket ortakları, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olurlar ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tâbi tutulurlar”*. Limited şirket ortaklarının kamu borçlarından sorumluluğunda, öncelikle şirketin kanuni temsilcilerinin takibinin gerekli olup olmadığı hususu ise tartışmalıdır. Danıştay 11.12.2018 T., 2013/1 E., 2018/1 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla, şirketin ortaklarından önce, kanuni temsilcilerinin takibinin gerekli olmadığına karar vermiştir. Bu çalışmada limited şirket ortaklarının şirketin kamu borçlarından sorumluluğu, Danıştay'ın sözü edilen kararı bağlamında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Limited Şirket, Limited Şirket Ortağı, Kamu Borçlarından Sorumluluk, Sınırlı Şahsi Sorumluluk, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun.

Abstract

As a rule, the shareholders of a limited liability company are only liable to the limited liability company. This liability arises from the capital share debt that the shareholders undertake to bring to the company and from additional payment and additional fulfillment obligations, if provided in the articles of association. One of the exceptions to the said liability of the shareholders is contained in Article 35 of the Law on the Procedure for the Collection of Public Receivables (AATUHK). According to the article; *“The shareholders of the limited liability compa-*

^(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 09.09.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 10.09.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 25.09.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 10.09.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 19.09.2019.

^(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
E-mail: ilknurkaya@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-9218-5473>.

ny are directly liable for the public receivables that cannot be collected or that is understood to be not possible to collect from the company, fully or partially, in proportion to their share and they are subject to legal proceedings pursuant to the provisions of this Law. It is controversial whether the prior proceeding of the legal representatives of the company is necessary in regard to the liability of the limited liability company shareholders for public debts. With the decision of unification of case-laws numbered 11.12.2018 T., 2013/1 E., 2018/1 K., Council of State decided that it is not necessary to carry out proceedings for the legal representatives of the company before the shareholders. In this study, the liability of the limited liability company shareholders for the public debts of the company will be examined in the context of the said decision of the Council of State.

Keywords

Limited Liability Company, Limited Company Shareholder, public Debt Liability, Limited Personal Liability, Law on the Procedure for the Collection of Public Receivables.

1. GİRİŞ

Limited şirket ortaklarının sınırlı şahsi sorumluluklarının önemli istisnalarından biri Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un (AATUHK) 35. maddesinde bulunmaktadır. Kural olarak, şirkete karşı ve yalnızca getirmeyi taahhüt ettiği sermaye payı oranında ve eğer ana sözleşmede kararlaştırılmışsa ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinden sorumlu olan ortaklar, 35. maddedeki koşulların sağlanması durumunda kamu alacaklarından da sorumlu olabilmektedir.

Limited şirket ortağı için öngörülen bu sorumluluk ile kamu alacaklısı için bir ayrıcalık tanınmaktadır. Ancak ortağın şirketin diğer alacaklılarına karşı sorumlu olmaması kuralı devam etmektedir. Dolayısıyla ortağın, şirketin özel hukuk kişilerine olan borcundan sorumluluğu bulunmazken, şirketin kamu borçlarından AATUHK'nın 35. maddesi gereğince, sermaye payı oranında ve doğrudan doğruya sorumluluğu bulunmaktadır.

AATUHK m. 35 kapsamında ortağın sorumluluğunun doğabilmesi için, kamu alacağının şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilememesi veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gerekir. Bununla birlikte AATUHK'ya göre şirket müdürleri de şirketin tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu borçlarından sorumludur. Bu durum kamu alacaklarının tahsili için öncelikle, şirketin temsilcilerinin takibinin gerekli olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir. Bu çalışmamızda limited şirket ortaklarının, şirketin kamu borçlarından sorumluluğunu Danıştay'ın, 20.06.2019 tarih ve 30807 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 11.12.2018 T., 2013/1 E. ve 2018/1 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı bağlamında inceleyeceğiz.

2. LİMİTED ŞİRKET ORTAĞININ SINIRLI SORUMLULUĞU

Limited şirket kişi şirketlerine özgü bazı özellikleri de içeren¹ sermaye şirkettir.² Nitekim limited şirketin, bir sermaye şirketi olduğu hususu açıkça Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) m. 124 f.2'de düzenlenmiştir. Ayrıca 6102 sayılı TTK'da limited şirket, esas sermaye payları gruplara ayrılabilen, müdürler kurulu anonim şirketteki yönetim kurulu gibi çalışan, bağımsız denetime tâbi olabilen, şeffaf ve sınırlı sorumlu bir ticaret şirketi olarak düzenlenmiştir.³ Üstelik eTTK'da limited şirketlerde geçerli olan "özden yönetim ilkesinden", yani yönetim ve temsil organı olan müdürlerin bu sığata kanun gereğı sahip olabilmesinden vazgeçildiğı, 6102 sayılı TTK ile müdür sıfatının, tıpkı anonim şirketlerde olduğu gibi, seçimle kazanıldığı görölmektedir (TTK m. 623).⁴ Şirket müdürlerinin sorumluluğı konusunda anonim şirket hükümlerine atıf yapılması da (TTK m. 644 ve m. 553), limited şirketin sermaye şirketi özelliğini güçlendiren hükümlerdendir. TTK'nın Gereğesinde limited şirketlere dair hükümlerde yapılan değışikliklerde, "ileride özellikle asgari sermayenin yüksekliğı sebebiyle girişimcilerin anonim şirket yerine limited şirket kurmaya daha fazla yönelecek olmaları dolayısıyla, bu şirketi biraz daha sermaye şirketine yaklaştırılması düşüncesinin" etkili olduğu belirtilmiştir.⁵ Limited şirketin saf bir sermaye şirketi olan anonim şirket ile sıkı bir hukuki akrabalığı olduğundan, 6102 sayılı TTK ile yapılmış olan revizyonla anonim şirketlere daha da yaklaştırılmış olduğu görölmektedir.⁶ Hatta tüm bu özellikleriyle doktrinde sıklıkla ifade edildiğı üze-

¹ TTK'da kişi şirketlerine dair özelliklerin bulunduğu hükümleri; ana sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça şirketten çıkmanın genel kurulun onayına bağılı olması (TTK m. 595 f.2), ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin getirilebilmesi (TTK m. 603-606), ana sözleşmeye hüküm konulması kaydıyla ortaklar için rekabet yasağının öngörülebilmesi (TTK m. 613), ortaklardan en az birinin şirketi yönetme ve temsil yetkisine sahip olması zorunluluğı (TTK m. 623 f. 1), ortakların haklı sebeple mahkeme kararıyla şirketten çıkması (TTK m. 638-639), çıkarılmanın özel olarak düzenlenmesi (TTK m. 638-640) olarak sıralayabiliriz.

² Oruç Hami Şener, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 9.

³ Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s.510.

⁴ TTK m. 623'ün gereğesinde; tüm ortakların, şirketi birlikte yönetmesi dolayısıyla, şirketin yönetiminin ve temsilinin ortaklar için hem hak hem yüküm niteliğı taşımasından yani "özden yönetim" ilkesinden vazgeçildiğı, özden/bünyeden yönetim ilkesinin şirketi "şahıs şirketi" sınıfına soktuğı, limited şirketi kolektif şirkete çok yaklaştırmanın "şirketleşme" politikasına uymadığı, böylelikle özellikle yönetimde profesyonelleştirmenin gereksinimlere daha iyi cevap vereceğı hususu belirtilmiştir. Gereğçe için bkz., <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf> (Erişim tarihi: 03.09.2019).

⁵ TTK Genel Gereğesi 144. Paragrafı için bkz., <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf> (Erişim tarihi: 03.09.2019).

⁶ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt III*, 3. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 2708; Yani limited şirketin, kişi ve sermaye şirketlerine benzer yönleri olsa da TTK'da sermaye şirketi özelliğini kuvvetlendiren çok sayıda düzenlemeye yer verildiğı görölmektedir. Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2019, s. 413; Bilgili ve Demirkapı, 2017,

re limited şirket, hisse senetsiz,⁷ küçük⁸ veya mini⁹ bir anonim şirkettir denebilir.

Limited şirketi anonim şirkete yaklaştıran özelliklerinden bir diğeri, ortakların sınırlı sorumluluğu ilkesidir.¹⁰ Limited şirketlerin doğumu ve gelişiminde en önemli etken, “sınırlı sorumluluk” ilkesi olmuştur. Limited şirket ortakları sınırlı sorumlu bir şirkete duyulan ihtiyaç sebebiyle, on dokuzuncu yüzyıl sonlarında Alman kanun koyucusu tarafından ihdas edilmiştir. Bu şirket türünün, birçok ülke mevzuatında yer almasının sebebi de sınırlı sorumluluk ilkesine duyulan gereksinimdir. Sınırlı sorumluluk ilkesi, limited şirketin varlık sebebini teşkil etmektedir.¹¹

Limited şirket borçlarından tüm malvarlığı ile sorumludur (TTK m. 602).¹²⁻¹³ Limited şirketin ortaklarının sorumluluğu ise, taahhüt ettikleri sermaye payı oranında ve yalnızca şirkete karşıdır. Zira TTK m. 128 f. 1’de; tüm ticaret şirketleri bakımından, ortakların şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettikleri

a.g.e., 406; Şükrü Yıldız, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na göre Limited Şirketler*, İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2007, s. 52 vd; Ezgi Başak Demirayak, Limited Şirketlerde Ortakların Şirkete Karşı Bağıllık Yükümlülüğü, Ankara Barosu Dergisi, 2018, C-, S. 3, s. 36; Hakan Çebi, *Limited Şirketler Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 41-42; Murat Alışkan, *Limited Şirket, Tarihçe Niteliği*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2013, s. 213.

⁷ Ersin Çamoğlu, *İsviçre, Alman ve Türk hukuklarında Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlamı ve Nitelikleri*, İÜHFD, 1973, C. 38, S. 1-4, s. 499.

⁸ Çamoğlu, 1973, a.g.m., 499; Tekinalp, a.g.e., s. 510; Bilgili ve Demirkapı, 2017, a.g.e., s. 406; Alışkan, 2013, a.g.e., s. 218.

⁹ Demirayak, a.g.m., s. 36.

¹⁰ Limited şirketin unvanında yer alan “limited” sözcüğü sınırlı sorumluluğa işaret etmektedir. Bunun için Alman hukukunda “Gesellschaft mit beschränkt Haftung”, İsviçre ve Fransız hukukunda “Société à responsabilité limitée”, Belçika hukukunda “Société privée à responsabilité limitée” kullanılmaktadır. Alışkan, 2013, a.g.e., s. 1-2; Belçika hukukuna ilişkin olarak bkz., Akar Öçal, *Belçika ve Fransız Hukuklarında Ticaret Şirketlerinin Yönetimi*, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 1998.

¹¹ Ersin Çamoğlu, *Limited Ortağın Sınırlı Sorumlu Prensibine Önemli Bir İstisna: AATUK. m. 35*, İktisat ve Maliye Dergisi, 1970, C.XVI, S.11, s. 426.

¹² “Şirket borç ve yükümlülükleri dolayısıyla sadece malvarlığıyla sorumludur” hükmünü ihtiva eden TTK m. 602’nin madde başlığının “ortakların sorumluluğu” olması yanlış bir yoruma sebebiyet verebilir. Maddenin başlığı “şirket tüzel kişisinin sorumluluğu” olmalıdır. Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 466; Tekinalp bu görüşe katılmamaktadır. Yazar, yan başlık ile madde metninin farklı işlevleri bulunduğunu söylemektedir. Bunlar birlikte yorumlanınca alacaklıların ortakları dava ve takip edemeyecekleri anlamı net şekilde ortaya çıkmaktadır. Şirket, borç ve yükümlülükleri dolayısıyla yalnızca şirket malvarlığı ile sorumlu olunca, alacaklılar şirket malvarlığına başvuramazlar. Alacaklılar şirket ortağını takip edemezler. Zira TTK m. 602 buna izin vermemektedir. Tekinalp, a.g.e., s. 514; Bahtiyar, aynı sonuca varırken, TTK m. 573/2 hükmü ile limited şirketin sermaye şirketi olmasının da gerekçe gösterilebileceğini söylemektedir. Bahtiyar, a.g.e., 418.

¹³ Ayrıca sıklıkla kullanılan, “limited şirket ortaklarının şirket alacaklılarına karşı sorumluluğu sınırlıdır” ifadesi de yanlıştır. Şirket alacaklılarına karşı sorumlu olan, şirket tüzel kişisidir. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), 2017, a.g.e., s. 466; Tekinalp, a.g.e., s. 514; Şener, 2017, a.g.e., s.4; Üstelik şirket sona erse bile, alacaklılar ortakları takip edemez. Bahtiyar, 2019, a.g.e., 474.

sermayeden dolayı şirkete karşı borçlu oldukları hükmü bulunmaktadır.¹⁴ Ayrıca TTK m. 573 f. 1 gereğince de ortaklar, şirket borçlarından sorumlu olmayıp, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdürler.

Şirket alacaklılarının, henüz ödemedikleri sermaye borcundan dolayı ortaklara başvuru hakkı bulunmaz. Bu açıdan ortağın sorumluluğu bir nevi işletme rizikosu şeklinde düşünülmektedir. Zira şirket zarar ettiğinde veya borca batık duruma geçtiğinde, alacaklıların ortağa başvuru hakkı bulunmaz. Fakat ortağın kaybı da koyduğu sermayeden ibaret olur.¹⁵

Sermayenin iade edilmiş veya haksız kâr payı veya faiz ödenmiş olması durumunda ise, sorumluluk aynı miktarda yeniden doğar (TTK m. 611).¹⁶

Ortakların esas sermaye payı bedeli dışında ek ödeme¹⁷ ile de yükümlü tutulabilmesi için, ana sözleşmeye, bu yönde hüküm konulması gerekir. Şirket esas sermayesi ile kanuni yedek akçeler toplamının şirketin zararını karşılayamaması, şirketin bu ek araçlar olmaksızın işlerine gereği gibi devamının mümkün olmaması veya şirket sözleşmesinde tanımlanan ve özkaynak ihtiyacı doğuran diğer bir hâlin gerçekleşmiş bulunması durumunda, ortaklardan bu yükümlülüğün yerine getirilmesi istenebilir (TTK m. 603). Böylece finansal güçlük içindeki şirket, sermaye artırımına dair hükümlere başvurmaya gerek kalmaksızın, ihtiyaç duyduğu finansal kaynakları, ortaklardan elde etme imkânına kavuşur.¹⁸

Ana sözleşme ile şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet edebilecek yan edim yükümlülükleri öngörülebilir (TTK m. 606). Ek ödeme yükümlülükleri ortaklara sadece nakdi ödeme yapma borcu yüklerken, yan edim yükümlülükleri nakdi veya aynı edimler yükler.¹⁹

¹⁴ Alışkan, 2013, a.g.e., s. 115.

¹⁵ Alışkan, 2013, a.g.e., s. 116.

¹⁶ Bahtiyar, a.g.e., 474; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 839.

¹⁷ Ek ödeme ve yan edim yükümlülüğü, şirket ortaklarının tek borç ilkesinin (sermaye payı) istisnalarından birini teşkil etmektedir. Bahtiyar, a.g.e., 475; Tekinalp ise, limited şirketin anonim şirketin aksine, tek borç şirketi olmadığı görüşündedir. Zira anonim şirketin aksine, limited şirket kişisel öğeler ve edimler taşımaktadır. Tekinalp, a.g.e., s. 546 ve 578; Aynı yönde, Alışkan, 2013, a.g.e., 114.

¹⁸ Şener, a.g.e., 406-407.

¹⁹ Bahtiyar, a.g.e., s. 471 ve 473; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), a.g.e., s. 462; Yıldız, a.g.e., s. 188; Şener, a.g.e., s. 447 vd.; Bu edimler, yapma, yapmama, katlanma ve kullandırma edimleri şeklinde olabilir. Pulaşlı, a.g.e., 2820.

Ayrıca TTK’da limited şirket *malvarlığının korunması ilkesi*^{20,21} bağlamında, şirket ortaklarının sınırlı sorumluluğunun genişlediği üç hâl daha bulunmaktadır. İlk olarak bedeli tamamen ödenmemiş bir sermaye payını iktisap eden kimse, pay defterine kaydedilmekle, şirkete karşı payın geri kalan borcunu üstlenmiş olur (TTK m.501 ve TTK m. 585).²² Payı iktisap eden yeni ortak, pay defterine kaydedilmekle, sermaye borcunu üstlenirken; devreden ortak ise sorumluluktan kurtulur. Bu hükümler Kanun koyucu, şirketin kuruluşunda ya da sermaye artırımında pay taahhüt eden ortaklara bir imtiyaz tanımıştır.²³ İkinci olarak payını devreden limited şirket ortağının sorumluluğu, payı devralan ortağın “ödemelerinden açık kalan tutar için” devam eder. Payı devralan ortak, TTK m. 482 ve m. 483’e uygun olarak, pay borcunu ödemediği takdirde şirketten çıkarılabilir. Bu durumda payı devreden ortak, ödenmeyen pay bedelleri miktarınca sorumlu olur.²⁴ Üçüncü olarak şirket, ortağın şirketten ayrılmasının tescil edildiği tarihten itibaren iki yıl içinde iflâs etmiş ise, ayrılan ortaktan da ek ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesi istenir. Ek ödeme yükümlülüğü, halef tarafından yerine getirilmemişse, eski ortağın sorumluluğu, yükümlülüğün gerçekleştiği tarihte ortağa karşı ileri sürülebileceği ölçüde devam eder (TTK m. 604).²⁵

²⁰ TTK’da “*sermayenin korunmasıyla*” ifade edilenden malvarlığının korunmasını anlamak lazımdır, malvarlığının korunması sermayenin korunmasını da içermektedir. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), 2019, a.g.e., s. 516-517; Sermayenin korunmasıyla ilgili ayrıntılı inceleme için bkz., Ünal Tekinalp, *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi*, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 1681-1700; İsmail Kırca/ Feyzan Hayal Şehirali Çelik/ Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş Yönetim Kurulu*, Ankara, BTHAE Yayınları, 2013, s. 121-126; Aksi yönde görüş için bkz. Pulaşlı, 2018, a.g.e., s. 2719.

²¹ Malvarlığının korunması ilkesine uygun olarak TTK’da bazı önlemlere yer verilmiştir. Kuruluşta esas sermayenin tamamının şartsız taahhüt edilmesi ve nakit kısmının hemen ve tamamen ödenmesi (m.585/ 1), sermaye olarak konulan aynı malların değerlerinin mahkemece atanan bilirkişiler vasıtasıyla tespiti (m. 343/1), esas sermayenin azaltılması hali hariç, ortaklara esas sermaye payı bedellerinin iade edilememesi ve ortakların bu borçtan ibra olunamaması (m. 601/1), kâr payının net dönem kârı ve bunun için ayrılmış yedek akçelerden dağıtılabilmesi, malvarlığının korunması ilkesiyle ilgilidir. Pulaşlı, a.g.e., 2729.

²² TTK’da 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle, 585. maddenin 1. fıkrasına; “*esas sermaye pay bedellerinin ödenmesi, ödeme yeri, ifa borcu, ifa etmemenin sonuçları, bedelleri tamamen ödenmemiş payların devri hususlarında, anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı*” hükmü eklenmiştir. Bu sebeple TTK m. 501 limited şirketler için de uygulanır.

²³ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), a.g.e., s. 467; Şener, 2017, a.g.e., s. 867; TTK m. 501.f. 2, anılan kurala istisna getirmiştir. Şirket kuruluşun veya sermaye artırımının tescilinden itibaren iki yıl içinde iflâs ederse veya payı iktisap eden kimse, paydan doğan haklarından yoksun bırakılırsa, payı devreden ortağın sorumluluğu yeniden canlanır. Bu sorumluluk eTTK’da düzenlenmiş olan “*açığı kapama yükümü*” ve 531. maddedeki “*selef sıfatıyla sorumluluk*” hükümlerinin kapsamı daraltılmış ve basite indirgenmiş şeklidir. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), a.g.e., s. 467.

²⁴ Bahtiyar, a.g.e., 475; Fakat kendisinin sorumluluğu ikinci derecededir. Bu nedenle sözü geçen payların eski ortağı, şirketten öncelikle yeni ortağı takip etmesini talep edebilir. Yeni ortağa yapılan takip semeresiz kalırsa, şirket sermaye borcu için yeni ortaktan talepte bulunabilir. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), a.g.e., s. 468.

²⁵ Şirketten ayrılan ortağın, ek ödeme yükümlülüğünün devamı için, ayrılma türleri arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bir başka deyişle, eski ortağın ek ödeme yükümünün devam etmesi için, şirketten hangi nedenle ayrılmış olduğunun önemi bulunmamaktadır. Burada da ayrılan ortağın

Görüldüğü üzere, limited şirket ortaklarının *sınırlı sorumluluğu ilkesinin* TTK'da bazı istisnaları bulunmaktadır. Fakat bu istisnalar daha çok, *malvarlığı-nun korunması ilkesiyle* bağlantılı olup, bu ilke öncelikle şirket alacaklılarıyla ilgili olmasına rağmen, şirketin mali gücünü gösteren malvarlığı değerlerinin korunması, alacaklılarla beraber şirketin ve pay sahiplerinin de korunmasına hizmet etmektedir.²⁶ Dolayısıyla anılan istisnalar, limited şirketin, nitelik ve özellikleriyle bağdaşmakta ve onunla uyum içinde bulunmaktadır. Zira şirket ortakların sorumluluğunun genişlediği tüm hâller, şirketin menfaatinin korunmasını da sağlamakta, şirketin faaliyetlerine devam etmesini güvence altına almaktadır.

3. LİMİTED ŞİRKET ORTAĞININ SINIRLI SORUMLULUĞUNUN İSTİSNASI OLARAK AATUHK M. 35

Amme Alacaklarının Tahsil usulü Hakkında Kanun'un²⁷ 4369 sayılı Kanun ile değişik²⁸ 35. maddesi,²⁹ limited şirket ortaklarının yalnızca şirkete karşı olan sorumluluklarına önemli bir istisna³⁰ getirmektedir. Maddeye göre;

“Limited şirket ortakları, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olurlar ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tâbi tutulurlar.

sorumluluğu ikinci derecededir. Ayrılan ortak, yeni ortak tarafından ödenmeyen ek ödeme tutarınca, iki derecede sorumludur. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), a.g.e., s. 468.

²⁶ Şehirli Çelik (Kırca/) Manavgat, 2013, a.g.e., s. 126.

²⁷ 21.07.1953 tarihli Kanun için bkz. RG 28.07.1953 tarih ve 8469 sayı.

²⁸ Kanun için bkz. RG 29.07.1998 tarih ve 23417 sayı; Belirtilen değişiklikten önce, ortağın şahsi malvarlığına başvurma hâlinde kamu alacağının miktarı bir önem arz etmemekteydi. Ortaklar açısından getirilmiş olan sınırı aşan bir alacağın tamamının talep edilebilmesi mümkün değildi. Değişiklikten sonra, ortakların limited şirketten tahsil imkânı bulunmayan kamu alacağından sermaye payları oranında sorumlu olacağı öngörülmüştür. Yani kamu alacaklarının tamamı için, ortakların şahsi malvarlığına başvurulabilecektir. Ancak her ortağın sorumluluğu açısından bir sınır bulunmakla beraber, bu sınır eski düzenlemedeki gibi sabit değildir. Ortağın şahsi malvarlığına sermaye payı oranında başvurulabilecek bu miktar her alacağın tutarına göre farklılaşacaktır. Dolayısıyla *burada tam anlamıyla sınırlı sorumluluktan* bahsedilemeyecektir. Veliye Yanlı, *Limited Şirketlerin Amme Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu*, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1999, s.744; Pulaşlı, 2018, a.g.e., 2823; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), a.g.e., s. 466.

²⁹ Benzer bir düzenleme Kurumlar Vergisi Kanunu m. 17/9'da da yer almaktaydı. Anılan madde 21.03.2018 tarih ve 7103 sayılı Kanun'un 74. maddesiyle kaldırılmıştır. Kanun için bkz., RG. 27.03.2018 tarih ve 30373 sayı (2. Mükerrer).

³⁰ Söz konusu hükmün limited şirketin yapısına uymamasına karşın, bu istisnaya TTK'da yer verilmemiş olması bir eksiklik olarak değerlendirilmekte ve TTK. m. 602'ye 35. madde hükmünün saklı tutulduğu yönünde bir fıkra eklenmesi önerilmektedir. Erdoğan Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 361.

(*Ek fıkra: 4/6/2008-5766/3 md.*) Ortağın şirketteki sermaye payını devretmesi hâlinde, payı devreden ve devralan şahıslar devir öncesine ait amme alacaklarının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur.

(*Ek fıkra: 4/6/2008-5766/3 md.*) Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları hâlinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur.”

Kamu idarelerinin şirketten talep edeceği alacaklar vergi alacaklarından ibaret değildir.³¹ Zira “*kamu alacağı*” kavramı; Kanun’un 1. ve 2. maddelerinde oldukça geniş şekilde sayılan alacakları ifade eder (AATUHK m. 3). Buna göre; devlete, il özel idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer’i alacaklar kamu alacağıdır. Aynı şekilde kamu idarelerinin sözleşmeden, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan kamu hizmetleri tatbikatından kaynaklanan diğer alacakları da kamu alacağıdır. Maddede sayılan idarelere ait olan ve fakat sözleşmeden, haksız fiilden, haksız iktisaptan doğan alacaklar hakkında AATUHK hükümleri uygulanmaz. “Sözleşmeden doğan alacak” ibaresinden anlaşılması gereken medeni, ticari veya idari nitelikli olan her türlü sözleşmedir. Maddede belirtilen kurumlar dışında başka bir kuruma ait alacak, kamu alacağı niteliğini taşısa bile, hakkında özel bir hüküm yoksa AATUHK kapsamı dışında kalacaktır.³² Çeşitli kanunlarda Tahsili Emval Kanunu’na³³ göre tahsil edileceği bildirilen her çeşit alacaklar hakkında ise, AATUHK hükümleri uygulanacaktır.

Tahsil edilemeyen kamu alacağı; kamu borçlusunun bu Kanun hükümlerine göre yapılan mal varlığı araştırması sonucunda haczi kabil herhangi bir mal varlığının bulunmaması, haczedilen mal varlığının satılarak paraya çevrilmesine rağmen satış bedelinin kamu alacağını karşılamaması gibi nedenlerle tahsil edilemeyen kamu alacaklarını ifade eder (AATUHK m. 3).

Tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacağı; kamu borçlusunun haczedilen mal varlığına bu Kanun hükümlerine göre biçilen değerlerin kamu alacağını karşılayamayacağı veya hakkında iflâs kararı verilen kamu borçlusundan aranan kamu alacağının iflâs masasından tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması

³¹ Şener, 2017, a.g.e., s. 866.

³² Yanlı, 1999, a.g.m., s. 744; Bu yönde bir düzenlemeye örnek olarak, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 88. maddesinin 17. fıkrasında, süresi içinde ödenmeyen prim ve alacakların tahsilinde AATUHK m. 51, 102, ve 106. hükümleri hariç diğer hükümlerin uygulanacağını belirten hüküm verilebilir. Çebi, 2019, a.g.e, s. 291.

³³ Bu Kanun AATUHK yürürlüğe girmeden önce uygulanmaktaydı.

gibi nedenlerle tahsil dairelerince yürütülen takip işlemlerinin herhangi bir aşamasında kamu borçlusundan tahsil edilemeyeceği ortaya çıkan kamu alacaklarını ifade eder (AATUHK m. 3).

Limited şirketten tahsil imkânı bulunmayan kamu alacağından ortaklar, *sermaye payları oranında doğrudan doğruya sorumludur*.³⁴ Şirket ortaklarının sermaye pay bedellerinin ödenmesinde, anonim şirketlere ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Ancak nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmibeşinin tescilden önce ödenmesi şartı, limited şirketler bakımından uygulanmaz (TTK m. 585 f. 1).

Ortakların şirketin kamu borçlarından sorumlu oldukları miktarlar, esas sermayeye katılım oranına göre değişecek biçimde *müşterek sorumluluğa* neden olur.³⁵ AATUHK kamu idaresine, tahsil edemediği alacağının tamamını, herhangi bir ortaktan isteyebilme konusunda bir yetki bahşetmez. Kamu idaresi, ortakların paylarını tespit etmeli, her bir ortağa bu oranda başvurabilmelidir. Ortakların sorumluluğunun kapsamı, bütün kamu idarelerine karşı toplam esas sermaye oranı kadardır. Yani ortaklar her kamu borcu için, her bir kamu idaresine esas sermaye oranı kadar sorumlu değildir.

04.06.2008 tarih ve 5766 sayılı Kanun ile AATUHK m. 35'e iki yeni fıkra eklenmiştir. Maddenin ikinci fıkrası ile sermaye payını devreden ve devralan ortaklar, devir öncesine ait kamu borçlarının ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulmuştur.³⁶ Böylece şirketten çok uzun zaman önce ayrılmış olan ortaklar da şirketin ödenmeyen kamu borcundan dolayı sorumlu olur. Örneğin şirket tasfiye hâline girdiğinde, hem tasfiyeye girdiği tarihte ortak olanlar hem de daha önce payını devretmiş ortaklar, şirketin kamu borcunu ödemekle yükümlüdür.³⁷

³⁴ Medeni hukukta olduğu gibi sınırlı-sınırsız sorumluluk ayrımı vergi hukukunda bulunmamaktadır. Vergi sorumlusu tüm malvarlığı ile sorumluluktan doğan borcun edimini yerine getirmelidir. Bunun istinası AATUHK m. 35'te bulunur. Limited şirketlerin ödenmeyen kamu borçlarından ortaklar sermaye payları oranında doğrudan doğruya sorumludur. Mualla Öncel, *Vergi Hukuku Açısından Sorumluluk*, Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, Ankara, AÜHF Yayınları, 1983, s. 51.

³⁵ Eğer alacaklı borcun tamamının ifasını dilediği borçludan talep edebiliyorsa, borçlular arasında teselsül bulunmaktadır. Alacaklının her bir borçludan, borcun sadece bir kısmını talep edebildiği hâllerde ise, müşterek borçluluk bulunmaktadır. Yanlı, 1999, a.g.m., s. 752; Pulaşlı, 2018, a.g.e., s. 2824; Pulaşlı, 2017, a.g.e., s. 842; Yılmaz Özbacı, *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları*, Ankara, Oluş Yayıncılık, 2006, s. 359; Levent Yaralı, *Limited Şirketin Kamu Borçlarından Müdürlerin ve Ortakların Sorumluluğu*, 2. Baskı, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2011, s. 256.

³⁶ Payın hukuki işlemle devri TTK m. 595'e uygun olarak yapılır. Devirden sonra ortaya çıkan kamu borçlarından dolayı, sadece payı devralan yeni ortak sorumlu olacaktır. Şener, 2017, a.g.e., s. 868.

³⁷ Turgut Candan, *Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, 2. Bası, Ankara, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2011, s. 178; Aynı husus vergi borçları bakımından VUK m. 10 f.5'te

Maddenin üçüncü fıkra ise, kamu borçlarından sorumluluğu, hem kamu alacağının doğduğu hem de ödenmesi gereken tarihte ortak olanlar için öngörmüştür.³⁸ Oysa 5766 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile AATUK'nın "kanuni temsilcilerin sorumluluğu" başlıklı mükerrer 35. maddesine eklenen ve aynı sorumluluk kuralını getiren 5. ve 6. fıkralar Anayasa Mahkemesi'nin 19.03.2015 T., 2014/144 E., 2015/29 K sayılı kararı ile Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık gerekçesiyle iptal edilmiştir.³⁹

Danıştay 4. Dairesi'nin yaptığı başvuru üzerine alınan bu iptal kararının, limited şirketin ortakları için de örnek oluşturduğu haklı olarak savunulmaktadır.⁴⁰ Ancak Anayasa Mahkemesi Samsun Vergi Mahkemesi'nin bu yöndeki itiraz başvurusunu 13.12.2017 T., 2016/14 E., 2017/170 K. Sayılı kararı ile reddetmiştir.⁴¹ Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin birbiriyle büyük

de düzenlenmiştir. Buna göre; limited şirket ortakları, tasfiye öncesi dönemlerle ilgili bu kapsamda doğacak kamu alacaklarından, şirkete koydukları sermaye hisseleri oranında sorumlu olurlar.

³⁸ Bu düzenleme geniş yorumlanmaya izin vermektedir. Yani sadece payın devri durumunda değil, özellikle ortaklıktan çıkma ve çıkarılmada da söz konusu kural uygulanabilir. Şener, 2017, a.g.e., s. 870.

³⁹ Kararda şöyle denmiştir: "... Hukuk devletinde kanunlarla kişilerin ekonomik, sosyal ve hukuki yaşam alanlarına yöneltilen müdahaleler öngörülebilir ve geleceğe dönük planlar buna göre yapılabilir. *Hukuki belirlilik ilkesi*, vergi ve diğer kamu alacakları açısından miktar, tarh ve tahsil zamanı ile biçimi gibi vergi ve diğer alacakların esaslı unsurlarının önceden belli ve kesin olmasını gerektirir. 213 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, kanuni temsilcilerin sorumluluklarına ilişkin hükümlerin düzenlenmiş olması, bu Kanun kapsamındaki amme alacaklarının takibinin itiraz konusu kurala göre yapılmasına engel teşkil etmemektedir. Dolayısıyla itiraz konusu kural nedeniyle, 213 sayılı Kanun kapsamına giren amme alacakları da dâhil olmak üzere tüm amme alacakları için takip yapılması mümkündür. Bu durumda her iki kanunun aynı maddi olaya uygulanabilmesi nedeniyle, iki ayrı kanuni düzenlemeden hangisinin uygulanacağı konusunda belirsizlik oluşmaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu kural, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır...". Karar için bkz., RG 03.04.2015 tarih ve 29315 sayı.

⁴⁰ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), a.g.e., s. 466.

⁴¹ Karar için bkz., RG. 24.01.2018 tarih ve 30311 sayı; Kararda şöyle denmiştir: "... limited şirket ortaklarının şirket mal varlığı ve yönetimi üzerinde sahip olduğu hak ve yetkileri göz önünde bulunduran kanun koyucunun amme alacakları yönünden ortakların kusursuz sorumluluğuna gidilebileceğini öngörmesinde anayasal bir engel bulunmamaktadır... Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi 19.3.2015 tarihli ve E.2014/144, K.2015/29 sayılı kararı ile 6183 sayılı Kanun'un 4.6.2008 tarih ve 5766 sayılı Kanun'la değişik mükerrer 35. maddesinin beşinci fıkrasını hukuk devleti ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir... Kanuni temsilcilerin sorumluluğunu düzenleyen beşinci fıkra, sorumluluğun şartları bakımından itiraz konusu kurala örtüşmekle birlikte kanuni temsilciler ile limited şirket ortaklarının sorumluluk hukuku bakımından aynı kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira bu iki sıfatın üstlendiği yetki ve sorumlulukların kapsam ve nitelikleri birbirinden farklıdır. Limited şirkette kanuni temsilci, şirket ortaklarından biri olabildiği gibi dışarıdan seçilen üçüncü bir şahıs da olabilmektedir. Bu kişi her türlü sıfatından bağımsız olarak kendisine verilen yetkiler çerçevesinde şirketi temsil görevini yerine getirmekle yükümlüdür. Kanuni temsilcinin sorumluluğu, görevini yerine getirirken işlediği eylemlerinden kaynaklanmaktadır. Sorumluluğunun temelinde eylemleri olduğundan bu eylemler nedeniyle sorumluluğuna gidilirken kusur ilkesine dayanılması olağandır. Ortağın sorumluluğu ise eylemlerinden değil şirketin mal varlığına sermayesi ile katkı sağlamasından ve şirket yönetimine ilişkin faaliyetler üzerinde gözetim ve denetim imkânına sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararındaki koşullarla itiraz konusu kuraldaki koşullar aynı olmadığından kanuni temsilcilere ilişkin benzer içerikli düzenlemenin iptal edilmiş olmasının limited şirket ortaklarının sorumluluğunu düzenleyen itiraz konusu kuralın da iptalini gerektirdiği söylenemez...".

ölçüde benzerlik gösteren kanuni düzenlemelere rağmen, bir önceki karardan farklı olarak, limited şirket ortaklarının gözetim ve denetime ilişkin haklarını ve kamu alacaklısının alacağını güvence altına almak için, sorumluluğu yaygınlaştırma yetkisine sahip olduğu gerekçesiyle vermiş olduğu kararı yerinde değildir. Zira limited şirket ortaklarına tanınan gözetim ve denetim yetkisi ile anonim şirket pay sahiplerinin hakları arasında bir farklılık vardır. Ayrıca kamu alacaklısı da hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini, anayasal sınırlar içinde adalete ve hakkaniyete uygun olarak kullanmalıdır.⁴²

Limited şirket ortaklarının, şirketin kamu borçlarından doğan sorumluluğu, *ikinci derece sorumluluktur*.⁴³ Ortağın bu borcu, onun limited şirkete karşı taahhüt ettiği veya ödediği sermaye borcundan bağımsız bir borçtur.⁴⁴ Diğer bir ifade ile kamu alacaklısı kurum, öncelikle limited şirketin malvarlığına başvurmalıdır. Şirketin malvarlığından kamu alacağının tahsil edilemeyen miktarınca, ortakların şahsi malvarlığına başvurulabilir.⁴⁵ Bir limited şirket ortağını kamu borcu nedeniyle takip edilebilmek için, şirketin kamu borcunun tahsil imkânsızlığının sabit olması ve bu imkânsızlığın tespitinin de kesin hukuki esaslara dayanması gerekir.⁴⁶

Limited şirkette kamu borcunu ödeyen ortağın ödediği tutarı, diğer sorumlu ortaklardan talep etmesinin mümkün olup olmadığı, eğer mümkün ise rücu oranının ne olacağı hususunda, kanunda açık bir düzenleme yoktur. Limited ve

⁴² Soner Altaş, *Sermaye Şirketlerinin Ortakları ile Kanuni Temsilcilerinin Vergisel Sorumluluğu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, S. 226-227.

⁴³ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), a.g.e., s. 467; Çamoğlu, 1970, a.g.m., s. 428; Bahtiyar, 2019, a.g.e., s. 427; Pulaşlı, 2018, a.g.e., s. 2825; Şener, 2017, a.g.e., s. 867; Çebi, 2019, a.g.e., s. 292; Yıralı, 2011, a.g.e., s. 250-251.

⁴⁴ Pulaşlı, 2018, a.g.e., s. 2825; Şener, 2017, a.g.e., s. 867.

⁴⁵ Danıştay'ın bazı kararları, öncelikle tüzel kişinin, ortaklarından haczi kabil alacağının olup olmadığının araştırılması gerektiği yönünde olmuştur. Kararlarda bu yapılmadan, ortakların şahsi malvarlığına başvurulması durumunda, alacağın asil borçlusu olan tüzel kişinin malvarlığından alınamamış olması koşulunun gerçekleşmediğine hükmedilmiştir. Pulaşlı'ya göre; 6102 sayılı TTK ile sermaye borcunun tamamının ödenmesi sistemi kabul edilmiştir, ortakların zikredilen defiyi ileri sürebilmesi mümkün değildir. Pulaşlı, 2018, a.g.e., s. 2825; Biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira 6102 sayılı TTK'nın ilk şeklinde, limited şirkette nakdi sermaye paylarının tamamının ödenmesi öngörülüyordu. 26.06.2012 tarih ve 6335 sayılı Kanun ile 585. maddede yapılan değişiklikle, esas sermaye pay bedellerinin ödenmesi, ödeme yeri, ifa borcu, ifa etmemenin sonuçları gibi hususlarda anonim şirketlere dair hükümlerin kıyasen uygulanacağı düzenlenmiştir. Fakat 15.02.2018 tarih ve 7099 sayılı Kanununun 25. maddesiyle yapılan değişiklikle, nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi şartının, limited şirketler bakımından uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Limited şirketlerde nakit sermayenin, kanunen peşin ödenmesi gereken kısmı söz konusu olmadığından, TTK m. 344'e yapılan atıf gereği, en geç 24 ay içinde ödeme yapılabilir. Limited şirketler için, bu kadar uzun bir ödeme süresine izin verilmiş olması, uygulamada kötüye kullanımlara yol açabilir. Bahtiyar, 2019, a.g.e., s. 427.

⁴⁶ Pulaşlı, 2018, a.g.e., 2825.

kollektif şirketlerde temsilcilerin kamu borçlarından sorumluluğu ortaklık sıfatına bağlıdır. Bu kişilerden ancak, ortaklık payları oranında rücuen talepte bulunulabilir. Dolayısıyla kamu borcundan her ortak, kendi payı oranında sorumludur. Kamu alacağını ödeyen ortak, ödediği tutarın kendi payı haricindeki kısmı için diğer ortaklara rücu edebilir.⁴⁷

Diğer taraftan payı devralan yeni ortak, ödemiş olduğu kamu borcunu payı devreden ortaktan talep hakkına sahip değildir. Nitekim Yargıtay 11. HD'nin 11.06.2013 tarihli kararına⁴⁸ konu olan bir olayda; iki kişilik limited şirkette ortaklardan biri, payını diğer ortağa ve üçüncü kişiye devrederek ortaklıktan ayrılmıştır. Ancak ayrılan ortağın, ortak olduğu dönemden şirkete vergi ve vergi cezası tahakkuk etmiş ve bu vergi ile vergi cezası payı devralan ortaktan vergi dairesince tahsil edilmiştir. Kamu kurumuna ödemedeki bulunan payı devralan ortak, ödediği vergi borcundan dolayı payı devreden ortağa rücu davası açmıştır. Yargıtay kararında haklı olarak, bu davanın dinlenemeyeceğini, reddedilmesi gerektiğini içtihat etmiştir. Çünkü Yargıtay'a göre; devir sözleşmesinde davalı tüm hakları ve borçlarıyla birlikte payını davacıya ve dava dışı üçüncü kişiye devretmiştir. Devir sözleşmesinde davalı ortak, devir tarihine kadar doğabilecek kamu borçlarından dolayı, herhangi bir sorumluluk üstlenmemiştir.⁴⁹ AATUK m. 35 f.2 uyarınca payı devreden ortağın, kamu borçlarından dolayı idareye karşı sorumluluğu devam eder. Ancak devir sözleşmesinin diğer tarafı olan davacıya karşı bir sorumluluk üstlenmediğinden, borcu ödeyen davacının payı devreden eski ortağa karşı herhangi bir rücu hakkı yoktur.

4. LİMİTED ŞİRKETİN MÜDÜRLERİNİN KAMU BORÇLARINDAN SORUMLULUĞU

Limited şirketlerin, tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu borçlarından müdürler de şahsen sorumludur. Müdürlerin bu sorumluluğuna dair iki hüküm bulunmaktadır. Bu hükümlerden ilki Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 10. maddesinde yer alır. Maddeye göre, *"tüzel kişilerin mükellef*

⁴⁷ Yargıtay 11. HD 18.03.2008 T., 2006/13745 E., 2008/3433 K. sayılı kararında; şirketin borçlarını ödediği gerekçesiyle diğer ortaklara karşı rücu davası açan davacının, sadece sınırlı sorumluluk ilkesinin istisnası olan kamu borçlarını ödemiş olması durumunda, diğer ortaklara rücu edebileceğine hükmetmiştir. Pulaşlı, 2017, a.g.e., s. 842-843; Yargıtay 11. HD., 2004/10822 E., 2005/7674 K., 14.07.2005 T. kararı da aynı yöndedir. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), a.g.e., s. 467; Tamer Bozkurt, *Şirketler Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, Legem Yayıncılık, s.555.

⁴⁸ 11. HD 2011/9722 E., 2013/12168 K., 11.06. 2013 T. sayılı karar için bkz., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erişim tarihi: 01.09.2019).

⁴⁹ Pay devri sözleşmesinde, "devir öncesi kamu borçlarından devralan sorumludur" şeklinde bir hüküm alacaklı kamu idaresine karşı geçerli değildir. Mahmut Çoşkun, *Açıklamalı İçtihatlı A-mme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 355.

veya vergi sorumlusu⁵⁰ olmaları hâlinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri tarafından yerine getirilir; bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır”.

Limited şirketin müdürlerinin sorumluluğu da *ikinci derece sorumluluktur*.⁵¹ Limited şirkete ait vergi ve buna bağlı borçların müdürlerin malvarlığından alınabilmesi için, vergi borcunun limited şirketin malvarlığından kısmen veya tamamen karşılanamamış olması ve bunun müdürlerin vergi ile ilgili ödevlerini yerine getirmemiş olmasından kaynaklanmış olması gerekir.⁵²

Müdürlerin sorumluluğu *objektif sorumluluktur*. Şirket müdürleri, kamu yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin kendi kasit ve ihmalleri sonucunda olmadığını veya kendi fiilleriyle yükümlülüğünün yerine getirilmemesi olgusu arasında nedensellik bağı bulunmadığını kanıtlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilirler. Örneğin şirketin borcu ödeyecek gücü olmadığını, kendisinin bir hastalık veya tutukluluk gibi hukuki bir engel nedeniyle bu görevi yerine getiremediğini kanıtlayan müdür, ödenmeyen kamu borçlarından sorumlu olmaz.⁵³

⁵⁰ Mükellef, vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettüb eden gerçek veya tüzel kişidir (VUK m. 8 f.1). Vergi sorumlusu, verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişidir (VUK m. 8 f. 2). Mükellef verginin asıl borçlusudur. Sorumlu ise, vergiyi doğuran olay kendi kişiliğinde gerçekleşmemiş olmasına rağmen, başkasının borcunu ödemek veya şekli ödevlerini yerine getirmek zorunda olan kişidir. Mükellefin başlıca iki özelliği bulunur. Kişinin bir vergi borcunu ödemek zorunda kalması ve vergiyi doğuran olayı kendi kişiliğinde gerçekleştirmiş bulunmasıdır. Vergiyi doğuran olayı kendi şahsında gerçekleştirmiş olmayan üçüncü kişilerden de istenebilmesi vergi sorumluluğu müessesesi ile açıklanmaktadır. Öncel, 1983, a.g.e., s. 40-41; Turgut Candan, *Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu*, 3. Baskı, Ankara, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2006, s. 9; Kanuni temsilci, asıl borçlu veya asıl borçlunun vergi ile ilgili ödevlerini kendi namına yerine getiren kişi değildir. Kanuni temsilci, temsil ettiği asıl borçlunun, yani mükellef veya vergi sorumlusunun kanuni ödevlerini onların nam ve hesaplarına yerine getiren kişidir. Bu bağlamda, alacaklı vergi dairesinin doğrudan doğruya muhatabı olamaz. Örneğin; vergi sorumlusu, başkalarına yaptığı ödemelerden tevkif ettiği vergiyi yasal süresi içinde kendi adına düzenleyeceği beyanname ile alacaklı vergi dairesine bildirmeli ve ödemelidir. Kanuni temsilci, temsil ettiği kişinin beyannamesini onun adına düzenleyip, kanuni temsilcisi sıfatıyla imzalamalıdır. Candan, 2006, a.g.e., s. 9.

⁵¹ Ersin Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Kamu Borçlarından Sorumluluk ile*, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 277; Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001; s. 103.

⁵² Pulaşlı, 2018, a.g.e., s. 2827.

⁵³ Çamoğlu, 2010, a.g.e., s. 276-277; Helvacı, 2011, a.g.e., s. 102; VUK m. 10'un 3.02.1988 tarih ve 3505 sayılı Kanun ile değişmeden önceki metnindeki “vergi ile ilgili ödevlerin kanuni temsilcinin kasit veya ihmali ile yerine getirilmemiş olması” şartı yeni düzenlemede kaldırılmıştır. Bu değişiklikte kusur ile ilgili ispat yükü yer değiştirmiştir. Böylece müdürler, vergi ile ilgili ödevlerin zamanında yerine getirilmemesinin kendi kusurlarından kaynaklanmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Yanlı, 1999, a.g.m., s. 763; Pulaşlı, 2018, a.g.e., s. 2827; Pulaşlı, 2017, a.g.e., s. 841.

Limited şirket tasfiye edilerek tüzel kişiliği ticaret sicilinden silindiğinde, tasfiye öncesi ve tasfiye dönemlerine ilişkin her türlü vergi tarhiyatı ve ceza kesme işlemi, müteselsilen sorumlu olmak üzere, tasfiye öncesi dönemler için müdürlerden, tasfiye dönemi için tasfiye memurlarından herhangi biri adına yapılacaktır. Limited şirket ortakları, tasfiye öncesi dönemlerle ilgili bu kapsamda doğacak kamu alacaklarından, şirkete koydukları sermaye payları oranında sorumlu olurlar (VUK m. 10 f. 5).⁵⁴

Müdürlerin limited şirketin vergi borcundan dolayı şahsi sorumluluğuna ilişkin ikinci hüküm, AATHUK'nın mükerrer 35. maddesinde⁵⁵ yer alır. Maddeye göre; *“tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtluların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir... Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını kaldırmaz. Temsilciler, teşekkülü idare edenler veya mümessiller, bu madde gereğince ödedikleri tutarlar için asıl amme borçlusuna rücu edebilirler...”*.

VUK m. 10 ve AATUHK mükerrer 35. maddeye göre, vergi alacaklarının tahsili açısından özel kanun niteliğindedir. Bu sebeple, tüzel kişilerin ödenmeyen vergi borçlarından kaynaklanan sorumlulukları hususunda VUK m. 10'un öncelikle uygulanması gerekir. AATUHK'nın daha sonraki kanun olması sonucu etkilemez. Zira mükerrer 35. madde, vergi haricindeki kamu borçlarının şirketten tahsilinde uygulanır. Ancak her iki maddede de müdürler için ortaklardan farklı olarak, kamu alacağı tutarı yönünden sınırsız sorumluluk öngörülmüştür.⁵⁶

Müdürler yalnızca ortak oldukları veya görevde buldukları dönemde tahakkuk eden kamu borçlarından sorumlu olup, şirketten ayrıldıktan sonraki borçlardan, müdür sıfatıyla sorumlu olmamakla beraber, ortak sıfatıyla sorumludurlar. Müdürler ödedikleri tutar için, asıl mükellefe rücu etme hakkına sahiptir.⁵⁷ Dolayısıyla ödedikleri borcunun tamamını, öncelikle asıl mükellef olan şirketten talep edebilirler.⁵⁸ Müdürler, ödedikleri kamu borcunun şirketten karşı-

⁵⁴ VUK m. 10 f. 5 hükmü, 21.03.2018 tarih ve 7103 sayılı Kanun'un 9 maddesiyle getirilmiştir. Kanun için bkz., RG. 27.03.2018 tarih ve 30373 sayı (2. Mükerrer).

⁵⁵ Bu düzenleme 25.05.1995 tarih ve 4108 sayılı Kanun ile getirilmiştir. Kanun için bkz., RG 02.06.1995 tarih ve 22301 sayı.

⁵⁶ Çamoğlu, 2010, a.g.e., s. 273; Candan, 2006, a.g.e., s.53 vd.

⁵⁷ Yanlı, 1999, a.g.m., s. 765.

⁵⁸ Pulaşlı, 2017, a.g.e., s. 841.

lanamayan tutarını ise, diğer müdürlerden⁵⁹ ve sermaye payları oranında ortaklardan rücu talep edebilirler.⁶⁰

5. DANIŞTAY KARARI

Danıştay'ın 20.06.2019 tarih ve 30807 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 11.12.2018 T., 2013/1 E., 2018/1 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, limited şirket tüzel kişiliğinden tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan vergi borcunun, şirket ortaklarından tahsili için öncelikle kanuni temsilcileri takibin gerekip gerekmediğine ilişkindir. Bunun için Danıştay Başkanı tarafından, Danıştay Dokuzuncu Dairesi ile Vergi Dava Daireleri Kurulu, Danıştay Üçüncü, Dördüncü ve Yedinci Daire kararları arasındaki aykırılığın içtihatların birleştirilmesi yolu ile giderilmesi istenmiş ve dosya İçtihatları Birleştirme Kuruluna havale edilmiştir.

Danıştay 9. Dairesi 23.05.2012 T., 2009/1023 E., 2012/2892 K. sayılı kararında; VUK m. 10, AATUHK m. 35 hükmü ile aksi kararlaştırılmadıkça ortakların hep birlikte şirketi idare ve temsil yetkisine sahip olduğunu düzenleyen 6762 sayılı eTTK m. 540'ı birlikte değerlendirerek, şirketten tahsil olanağı olmayan kamu alacağının öncelikle kanuni temsilciden aranılması, kanuni temsilciden tahsil edilememesi hâlinde, konulan sermaye payı ile sınırlı olmak üzere, ortakların malvarlığından tahsil edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 30.04.2014 T., 2014/144 E., 2014/307 K. sayılı kararında; "... 213 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca, kanuni temsilciler, yerine getirmeleri gereken şirkete ait vergisel ödevlerin yerine getirilmemesi nedeniyle sorumlu tutuldukları hâlde limited şirket ortakları doğrudan doğruya sorumlu tutulduğundan ve kanuni temsilciler borcun tamamından müteselsilen sorumlu oldukları hâlde ortakların sorumluluğu sermaye payına isabet eden borçlarla sınırlanmış olup, kanuni temsilcilere rücu olanağı sağlanmış iken ortaklara böyle imkân tanınmadığından, iki ayrı sorumluluk

⁵⁹ Helvacı, 2001, a.g.e., s. 106; Yaralı, 2011, a.g.e, s 232.

⁶⁰ Nitekim Yargıtay 11. HD. 06.10.2016 T., 2015/9128 E., 2016/7852 K. sayılı kararında; "... kanuni temsilcilerin asıl mükellef dışındaki diğer sorumlulardan talepte bulunabilmesi için öncelikle, bu kamu borcunun asıl yükümlüden tahsilinin mümkün olmaması gerektiğini içtihat etmiştir. Zira asıl yükümlüsünden tahsili mümkün olduğu hâlde bu borcu kamu idaresine ödeyen kanuni temsilciler, asıl yükümlü dışındaki diğer sorumlulardan rücu talepte bulunamazlar. Ödenen kamu alacağının asıl yükümlüden yani şirketten tahsil imkânı bulunmadığı anlaşıldıktan sonra, diğer yükümlülerden rücu oranının ne olacağı konusunda ise bir ayrıma gidilmelidir. Buna göre; limited ve kolektif şirketlerde temsilcilerin kamu alacaklarından sorumluluğu ortaklık sıfatına bağlı olduğundan, bu kişilerden ancak ortaklık payları oranında rücu talepte bulunulabileceği kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle, limited ve kolektif şirketlerde kamu alacağından her ortak kendi payı oranında sorumlu olup, bu pay haricindeki ödediği kısım için diğer ortaklara rücu edebilir..." Pulaşlı, 2017, a.g.e., s. 843

durumunun aralarında sıralama yapılmasını gerektirecek nitelikte olmadığı gibi Kanun'da da böyle bir öncelik sıralaması yapılmadığına..." denilmiştir. *Danıştay 3. Dairesi'nin 10.04.2012 T., 2010/7241 E., 2012/1183 K. sayılı kararı, Danıştay 4. Dairesi'nin 24.05.2012 T., 2009/8328 E., 2012/2051 K. sayılı kararı ve Danıştay 7. Dairesi'nin 19.02.2015 T., 2011/7163 E., 2015/844 K. sayılı kararı* da; limited şirketten tahsil imkânı kalmayan kamu alacaklarının, ortakların veya kanuni temsilcilerin sorumluluğuna ilişkin kurallara göre tahsilinde, kanun koyucunun herhangi bir öncelik-sonralık sırası öngörmediğine yöneliktir.

Danıştay Başsavcısı görüşünde; *"... Anılan Kanun hükümleri ve bu hükümlerde değişiklik yapan Kanun hükümlerine ait gerekçeler göz önünde alındığında; kanun koyucunun, limited şirketlerin ödenmemiş vergi borçlarından dolayı sorumluluğu bulunan kanuni temsilcileri ile şirket ortaklarını, sorumluluk sınırları ve kapsamları itibarıyla farklı düzenlemelere tâbi tutması nedeniyle, bu kişilerin takibi için öncelik-sonralık şeklinde bir sıralamayı öngörmediği sonucuna varılmıştır..."* denilmiştir.

Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu; VUK m.10/1,2,3'ün, AATUHK m. 35/1'in ve TTK. m. 573/1,2 ile TTK. m. 623/1'in konuya ilişkin yasal düzenlemeler olduğuna işaret etmiştir. Kurul kararında; *"... bu sorumluluk aslında bir vergi sorumluluğu olmayıp, kimi Danıştay kararlarında da belirtildiği şekilde, tahsilat muhataplığı sorumluluğudur. Bir başka deyişle limited şirket ortağının, vergi alacağından olan sorumluluğu, tahsil ile ilgilidir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda kanuni temsilciler için öngörülen sorumluluk kısaca kusura dayalı sorumluluk olarak kabul edilmekte, kanuni temsilcilerin, vergiye ilişkin ödevlerin yerine getirilmemesinde kusurlu olmadığını ispat ederek yani "kurtuluş beyyinesi" göstererek sorumluluktan kurtulması olanağı tanınmaktadır. Her biri birer usul yasası olan Vergi Usul Kanunu ile Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da, vergi borcunun tahsili için önce kanuni temsilciye mi yoksa ortağa mı gidileceği düzenlenmemiş ise de 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile ortakların sorumluluğu hakkında hüküm getirilmesi, kanuni temsilciye gidilmeden de ortağa gidilebilmesini sağlamak amacını taşıdığı gibi kamu alacağını korumaya ve hızlı bir şekilde tahsilini sağlamaya yönelik olduğu sonucuna varılmaktadır..."* denilmiştir.

Karşı oy gerekçesinde ise; *"... vergilendirme ile ilgili ödevlerini yerine getirmeyen ve limited şirketin vergi borcunun tamamından sorumlu bulunan kanuni temsilci hakkında herhangi bir takip yapılmaksızın, vergilendirme ile ilgili bir ödevi olmayan ve vergi borcunun doğmasında herhangi bir kusuru bulunmayan limited şirket ortağı hakkında amme alacağının takip edilmesinin adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaştığını söylemek mümkün değildir. Diğer yandan limited şirketin önce ortağına veya ortaklarına gidilmesi, amme alacağının*

eksik ya da fazla tahsil edilmesine de yol açacaktır. Limited şirketlerde aynı anda hem ortağın, hem de kanuni temsilcinin takip edilmesi durumunda, aynı maddi olaya iki farklı kanunun uygulanması nedeniyle hukuki belirlilik ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Ayrıca kanuni temsilcinin varlığından kısmen tahsil edilebildiği takdirde ortak veya diğer ortaklar tahsil edilemeyen kısımdan sermaye hisseleri oranında sorumlu olacak iken, vergi borcunun kanuni temsilciden tahsil edilip edilmeyeceğinin veya ne kadarının tahsil edileceğinin belirsizliği, aynı anda takip edilen ortakların ödeme yapma konusunda çekimser kalmasına yol açacaktır. 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesi gereği ödediği sermaye miktarından fazla olacak şekilde sermaye hissesi oranında vergi borcunun ödenmesinden kişisel malvarlığı ile sorumlu olan ortak veya ortakların, ödemek zorunda olduğu vergi borcunun ödediği sermayeyi kısmen veya tamamen kaybetmesine yol açıp açmadığı noktasında belirsizlik yaşayacağı kuşkusuzdur. Ortak veya ortakların ödeyeceği vergi borcunun tutarı konusundaki yaşayacağı bir belirsizlik ise hukuki güvenlik ilkesinin ihlali anlamına gelecektir...” denilmiştir.

6. LİMİTED ŞİRKETİN KAMU BORÇLARINDAN MÜDÜRLERİN VE ORTAKLARIN SORUMLULUĞUNDA TAKİP SIRASI

Limited şirketin kamu borçlarından dolayı, müdürlerin ve ortakların sorumluluğunda takip sırası doktrinde de tartışmalıdır. Yanlı; vergi ve buna bağlı olanlar dâhil limited şirketin tüm kamu borçlarından sorumlu olanların kamu idaresi karşısındaki durumunu, “gerçek olmayan birlikle kefalet/bağımsız kefalet” hâlinde sorumlu olanların durumuna yakın görmektedir. Gerçek olmayan/ bağımsız kefalette, kefillerden hiç birisi, borcun kısmen diğer kefiller tarafından ödenmesi def’ini ileri süremeyeceğinden, kamu alacaklısı kanuni temsilci olan müdür ya da müdürler ile birlikte ortaklara da başvurabilir. Kamu idaresi, belirlenen sorumlular karşısında bir seçim hakkına sahiptir.⁶¹

Ayhan⁶² ve Kızılot/Şenyüz/Taş/Dönmez⁶³ göre; limited şirketten tahsil edilemeyen kamu alacakları için öncelikle kanuni temsilciye gidilmelidir. Kamu alacakları kanuni temsilciden de alınamazsa, sermayedeki payları oranında doğrudan ortaklar sorumlu olurlar. Yılmaz⁶⁴ göre; vergi alacakları için özel kanun olan VUK’un 10. maddesinde düzenlenen kanuni temsilcilerin sorumluluğu,

⁶¹ Yanlı, 1999, a.g.m., s. 767.

⁶² Rıza Ayhan, *Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992, s. 96.

⁶³ Şükrü Kızılot/Doğan Şenyüz/Metin Taş/ Recai Dönmez, *Vergi Hukuku*, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2006, s. 104.

⁶⁴ Kazım Yılmaz, *Açıklama ve Örnek Yargı Kararları ile 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulaması*, İstanbul, Bilnet Matbaacılık, 2015, s. 360 ve 362.



genel kanun olan AATUHK m. 35’te düzenlenen ortakların sorumluluğuna göre öncelik arz eder. Bu nedenle şirket malvarlığından alınamayan vergi alacakları için öncelikle, yasal temsilcilerin takip edilmesi gerekir. Vergi alacakları dışındaki kamu alacakları için, 35. madde ile mükerrer 35. maddelerden hangisinin önce uygulanması gerektiği konusunda, maddelerin kanundaki yerlerinden ziyade, ortaklarla kanuni temsilcilerin şirket içindeki uygulama yetkilerinin esas alınması zorunludur. Çünkü ödenmeyen kamu borcundan dolayı ortağın sorumluluğu, salt şirkete sermaye koymuş veya koymayı taahhüt etmiş olmasına bağlıdır. Kanuni temsilci, şirketin işlerini idare eden ve kamu alacağını ödemeyi şirket adına yerine getirmesi gereken kişidir. Bu sebeple öncelikle mükerrer 35. madde uyarınca takip yapılması uygun olur.

Çoşkun,⁶⁵ tıpkı Yılmaz gibi vergi alacakları bakımından kanuni temsilcilerin öncelikle takip edilmesi gerektiği görüşündedir. Fakat yazar, vergi alacakları dışındaki kamu alacakları bakımından AATUHK’nın 35. maddesi ile mükerrer 35. maddeye uygun olarak yapılacak takiplerde, ortaklar ve kanuni temsilciler için bir öncelik sıralaması bulunmadığını ifade etmektedir.

*Gerçek*⁶⁶ ile *Budak ve Er*⁶⁷ göre; ortakların ve kanuni temsilcilerin kamu alacağı olan vergi borçları karşısındaki sorumlulukları, fer’i nitelikte ve üçüncü derecededir. Çünkü limited şirketin vergi borçları için önce, limited şirket tüzel kişiliğinin takip edilmesi gerekmekte ve alacağın şirket malvarlığından tamamen veya kısmen tahsil edilememesi veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumunda, limited şirketin kanuni temsilci sıfatıyla müdüre başvurulması, kamu alacağının ondan da tahsil edilememesi durumunda ise ortaklara başvurulması gerekir.

Yaralı ise; ortakların sorumluluğu ile ilgili olarak “*üçüncü derecede sorumlu*” teriminin kullanılmasını uygun bulmamaktadır. Söz konusu kullanım birinci derede fer’i kamu borçluları olduğu yönünde yanlış bir izlenim doğurabilecektir. Yazar’a göre, temsilciler için “ikinci derece ve birinci sıra” ve ortaklar için “ikinci derece ve ikinci sıra” terimlerinin kullanılması daha isabetlidir.

Mevzuatımızdaki düzenlemelerde kanuni temsilcilerin ve ortakların sorumluluklarında takip sıralamasıyla ilgili açık bir hüküm olmadığından, ortaklar da müdürler de kamu borçlarından dolayı ikinci derecede ve aralarında bir takip

⁶⁵ Çoşkun, 2016, a.g.e., 356.

⁶⁶ Adnan Gerçek, *Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi*, AÜHFD, 2005, C. 54, S.3, s. 175.

⁶⁷ Tamer Budak ve Selami Er, *Limited Şirket Ortaklarının Kamu Alacağına İlişkin Sorumluluklarının Değerlendirilmesi*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 4, S. 2, s. 83

sıralaması/kademe olmaksızın aynı zamanda ve birinci sırada sorumludur. Bununla birlikte, yapılacak açık bir düzenleme ile vergi ödevlerini kusurlu olarak yerine getirmeyen müdürlerin, şirketin vergi borçlarından dolayı ikinci derecede ve birinci sırada ve ortakların ise ikinci derecede ve ikinci sırada takip edilmesinin öngörülmesi zorunludur.⁶⁸

Kanımızca limited şirketin kamu borçlarından dolayı öncelikle kanuni temsilci olan müdürlerin takip edilmesi zorunluluğunu getiren Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı yerinde değildir. Bu görüşümüzü şirketin yapısı ve organlarının düzenlendiği TTK ve vergilendirmeye ilişkin temel anayasal ilkeler temelinde açıklayacağız. İlk olarak bazı Yargıtay Kararlarında⁶⁹ ve 2008 yılı Tahsilat Genel Tebliği'nin 8. maddesinde⁷⁰ yer verilen eTTK m. 540 ile hâlen yürürlükte olan TTK m. 623'ü incelememiz gerekir. eTTK'nın "yönetim ve temsil başlıklı" 540. maddesinde "*aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortaklar hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile mezun ve mecburdurlar*" hükmü yer almaktaydı. Ana sözleşmeyle aksi kararlaştırılmadıkça tüm ortaklar, şirketi temsil ve yönetim yetkisine sahip olmakta, yani müdür sıfatını haiz olmaktaydı. Dolayısıyla eski kanun döneminde kamu alacaklısının, şirket ortaklarının aynı zamanda müdür oldukları varsayımıyla, onlara başvurmasının hukuki bir temelini olduğu varsayılabilirdi ki, yine de TTK'nın limited şirketlere dair sistemi, bu düşüncüyü de eleştirilebilir kılmaktaydı.⁷¹ Zira somut olayda ana sözleşme incelenerek, şirket

⁶⁸ Yaralı, 2011, a.g.e., s. 250-255; Levent Yaralı, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Limited Şirket Müdür ve Ortaklarının Şirketin Vergi ve Diğer Kamu Borçlarından Sorumluluğunun Fer'iliği ve Takip Sırası*, Yaklaşım Dergisi, 2010, C-, S.18, s. 302-305.

⁶⁹ Yargıtay 10 HD. 210/3022 E, 2011/11923 K., 19.09.2011 T., sayılı kararı şu şekildedir: "... 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 540. maddesi uyarınca limited şirketlerde, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortaklar hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile mezun ve mecburdurlar. Şirket mukavelesi veya umumi heyet kararıyla şirketin idare ve temsili ortaklardan bir veya birkaçına bırakılabilir... Bu durumda, davacının prim borçlusu şirketin üst düzey yöneticisi ya da kanuni temsilcisi olmadığı anlaşıldığından 506 Sayılı Kanunun 80 ve 6183 Sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesi kapsamında sorumluluğundan bahsedilemez. Ancak davacının, prim alacağının tahakkuk ettiği dönemde şirket ortağı değil ise de ödenmesi gereken dönemde prim borçlusu limited şirketin ortağı olması sebebiyle önceki ortaklarla birlikte müteselsil sorumluluğundan, mahkemece 6183 Sayılı Kanunun 35. maddesi kapsamında sorumluluğunun belirlenmesi gerekir..."

⁷⁰ Tebliğ için bkz., RG 29.06.2008 tarih ve 26921 sayı; Tebliğin 8. maddesi şöyledir: "6762 sayılı Kanunun 540. maddesinde, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortakların hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile mezun ve mecbur oldukları hükme bağlanmıştır. Böyle bir durumda ortaklar hakkında 6183 sayılı Kanun uyarınca yapılacak takip; 35'inci madde hükümlerine göre sermaye hisseleri oranında olmayacaktır. Ortakların hepsi kanuni temsilci sıfatına haiz olacaklarından, haklarındaki takip 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesine göre, amme alacağının tamamından müşterek ve müteselsil sorumluluk esasına göre yürütülecektir".

⁷¹ Nitekim eTTK'da döneminde Arslanlı; AATUHK'nın getirmiş olduğu sorumluluk esasının, eTTK m. 532 hükmüne ve limited şirketlerin bünyesine uymadığını, henüz sermaye borcunu ödemiş ortaklarla ödemiş ortaklar arasında ahenksizlik yaratabileceğini söylemiştir. Halil Arslanlı, *Ticaret Kanunu Şerhi, Limited Şirketler, II. Kitap, 7. Fası, I. Kısım*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1963, s. 31; Çamoğlu da AATUHK'nın limited şirket ortakları için öngörmüş olduğu bu sorum-

ortaklarından bazılarının temsil yetkisine sahip olmadığı bilgisine de kolayca ulaşılabilir. Oysa 6102 sayılı TTK'nın "kavram" başlıklı 573. maddesinin 2. fıkrasında; "ortaklar, şirket borçlarından sorumlu olmayıp, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdürler" hükmüne yer verilirken, TTK'nın "şirketin yönetimi ve temsili başlıklı" 623. maddesinin 1. fıkrasında; "şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Şirketin sözleşmesi ile yönetimi ve temsili, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir. En azından bir ortağın, şirketi yönetim hakkının ve temsil yetkisinin bulunması gerekir" hükmüne yer verilmiştir. O hâlde eTTK'dan farklı olarak 6102 sayılı TTK ile bir yandan limited şirketin ortaklarının sınırlı sorumluluğu ilkesi korunurken bir yandan da ana sözleşmeyle müdürlerin seçilmesi zorunluluğu getirilerek, "özden yönetim ilkesinden", "seçilmiş yönetim ilkesine" geçildiği görülür. Esasen bu düzenleme, limited şirketi bir diğer sermaye şirketi olan anonim şirkete daha da yaklaştırarak, sermaye şirketi olması özelliğini güçlendirmektedir. Buna rağmen TTK sistemi içerisinde ortaklarının sınırlı sorumluluğu bulunan iki şirket türünden birisi için kamu borçlarından sorumluluk öngörülmezken, bir diğeri için söz konusu sorumluluğun öngörülmesi uygun olmadığı gibi⁷² TTK ile AATUHK ve VUK'un tutarlılığını da olumsuz etkilemektedir.

Tam bu noktada doktrinde de ayrıntılı olarak incelenen ve bu alanda haklı olarak anılan; vergilendirmede "eşitlik ilkesi", "hukuki belirlilik ilkesi" ve "silahlaların eşitliği ilkesi" üzerinde durmalıyız.⁷³ Anayasa'nın 10. maddesi; devlet organları ve idare makamlarını bütün işlemlerinde kanun önünde "eşitlik ilkesine" uygun olarak hareket etmeye zorlamaktadır. Eşitlik ilkesi gereği, anonim şirket ortakları ile limited şirket ortakları arasında fark gözetmemek lazımdır.⁷⁴

luluğunun, şirketin yayılması amacını güden bir hukuk sisteminde olumsuz etkiler yaratacağını ifade etmiştir. Çamoğlu, 1973, a.g.m., s. 427-428; Çamoğlu ayrıca; özellikle 4369 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra AATUHK m. 35 hükmünün, limited şirketi ortakları sınırlı sorumlu bir şirket tipi olmaktan çıkardığını, onu kamu borçları yönünden sınırsız sorumlu bir kişi şirketine dönüştürdüğünü ifade etmiştir. Limited şirketin ekonomi içindeki yerinin korunması için, şirketin en belirgin niteliği olan sınırlı sorumluluk ilkesini ortadan kaldıran bu hükmün en kısa sürede değiştirilmesi gerekmektedir. Çamoğlu, 2010, a.g.e., s. 271.

⁷² Bahtiyar, AATUHK m. 35'te yer alan limited şirket ortaklarının kamu borçlarından sorumluluğuna dair hükmün, ortaklığın sorumluluk sistemine ters olduğundan kaldırılması gerektiğini belirtirken, diğer şirketlerde olduğu gibi, ödenmemiş kamu borçlarından yalnızca kanuni temsilcilerin sorumlu tutulmasını önermektedir. Bahtiyar, 2019, a.g.e., s. 475.

⁷³ Daha ayrıntılı incelemeler için bkz., Nihal Saban, *Vergi Hukuku*, 8. Baskı, 2016, İstanbul, Beta Yayınları, s. 57-77; Kızılot/Şenyüz/Taş/Dönmez, 2006, a.g.e., s. 37-43; Yılmaz, 2015, a.g.e., s. 362-371; Budak ve Er, 2013, a.g.m., s. 83 vd;

⁷⁴ Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin, idarenin uygulamalarında ve Anayasa Mahkemesi ile Danıştay kararlarında nispi eşitlik şeklinde anlaşıldığı ifade edilmelidir. Zira içinde bulunulan şartların ve hukuki durumların çeşitliliği karşısında, gerek yasama işlemleri gerek-

Her ne kadar; AATUHK'nın 35. maddesini değiştiren 4369 sayılı Kanun'un 21. maddesinin gerekçesinde;⁷⁵ “*bu tür şirketler, kuruluşundaki kolaylık nedeniyle vergi sisteminde yer alan bazı müesseselerden haksız kazanç temin etmek için sahte veya özü itibarıyla yanıltıcı belge düzenlemek gibi amaçlarla da kurulabilmektedir*” denilse de anonim şirketler ile limited şirketlerin, maddede belirtilen fiilleri işleyebilmek için sahip oldukları koşullar benzerdir. Yalnızca ülke genelinde limited şirket sayısının fazla olması ve bu şirketler sebebiyle tahsil edilemeyen kamu alacaklarından bahsedilerek, iki şirket tipi arasında farklı uygulamaya gidilemez. Üstelik bu durum limited şirketlerin, kamu alacaklısının alacağını tahsil etmemesi için kuruldukları ön kabulüne dayanmaktadır ve bu yönüyle masumiyet karinesine de aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca vatandaşlarının vergi yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak devletin görevi olmakla beraber, bu görev Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesine uygun şekilde,⁷⁶ kamu alacağından sorumlu olanların çevresi ve süresi genişletilmeden yerine getirilmelidir.⁷⁷

İçtihadı Birleştirme Kararının karşı oy gerekçesinde de haklı olarak belirtildiği üzere, limited şirketlerde aynı anda hem ortağın, hem de müdürlerin takip edilmesi durumunda, aynı maddi olaya iki farklı kanunun uygulanması nedeniyle “*hukuki belirlilik ilkesi*” ihlal edilmiş olur. Vergi borcunun kanuni temsilciden tahsil edilip edilmeyeceğinin veya ne kadarının tahsil edileceğinin belirsizliği, aynı anda takip edilen ortakları ödeme konusunda tereddüde düşürür. Üstelik bu durum VUK m. 10 ve AATUHK mükerrer madde 35'i, AATUHK m. 35

se idari işlemlerle hukuka uygun sonuçların doğmasını sağlamak, ancak nispi bir eşitliğin uygulanmasıyla mümkün olabilir. Turan Yıldırım ve Muhammed Göçgün, *İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 3, S. 2, s. 48; Nispi eşitlik ilkesi anonim ve limited şirket ortakları bakımından ayırım yapılmasını gerektirmez. Çünkü TTK'da her iki şirketin de sermaye şirketi olduğu ve ortaklarının, şirkete karşı ve tahhüt ettikleri sermaye payıyla sorumlu oldukları hususu düzenlenmiştir.

⁷⁵ Gerekçe için bkz., https://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/gerekciler/6183/tvk_4369_sayili_kanun_1.pdf (Erişim tarihi: 03.09.2019).

⁷⁶ Anayasa'nın 13. maddesi “*temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” hükmünü ihtiva etmektedir. Devletin temel hak ve özgürlüklere müdahale eden işlemlerinin başında vergilendirme gelmektedir. Anayasa'nın 12. 13. ve 73. maddeleri göz önüne alındığında, kamu harcamaları için gereken ekonomik kaynağı temin etmek amacıyla, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine bazı sınırlamalar getirilebileceği söylenebilir. Ölçülülük ilkesi, bir temel haklara müdahale hukuku olan vergi hukukunda, vergilendirme yoluyla başta mülkiyet hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlüklere müdahalede uyulması gereken önemli bir ilke olarak kabul edilmektedir. Vergi hukukunda ölçülülük ilkesi, vergi politikası kapsamında getirilen düzenlemeler ve alınan tedbirlerle ulaşılmak istenen amaçlar arasında makul bir ilişkinin bulunması olarak tanımlanmaktadır. Yıldırım Taylar, *Ölçülülük İlkesi Bağlamında Vergi Ziyayı Cezasının Anayasa'ya Uyumluk Sorunu*, 30. Türkiye Maliye Sempozyumu, 20-24 Mayıs 2015, Antalya, s. 148.

⁷⁷ Budak ve Er, 2013, a.g.m., s.91.

karşısında uygulanamaz hâle getirebilir. Çünkü kamu alacaklısı, şirket müdürlerini tespit etme zahmetine katlanmadan, doğrudan doğruya ortakları takip yoluna da gidebilir. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine dayanan hukuki belirlilik ilkesi, vergiler açısından miktar, tarh ve tahsil zamanı ile biçimlerinin önceden belli ve kesin olmasını zorunlu kılar. Anılan ilkeye aykırı düzenlemeler ve uygulamalar, kamu alacaklısına alacağını tahsil imkânı verse de çok küçük bir sermaye payı ile şirkete katılmış olanlar ortaklar, sermayenin çoğunluğuna sahip olan müdürleri ikaz etmelerine rağmen, hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarına mani olamadıkları için şirketten ayrılmış olsalar dahi, payı devreden ortak sıfatıyla, şirketin borçlarından sorumlu kalmaya devam ederler. Bu durum yalnızca hukuki belirlilik ilkesini önemli ölçüde zedelemekle kalmakta, ayrıca TTK'nın getirmiş olduğu sınırlı sorumlu ortak niteliğini nerdeyse sınırsız sorumlu ortak niteliğine dönüştürmektedir. Limited şirketin ortağının sınırsız sorumlu ortak niteliğine dönüşmesi ise, vergi hukukunda geçerli olan ölçülülük ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Limited şirket ortağı şirket müdürünün aksine, kamu alacaklarına ilişkin ödevlerin yerine getirilmiş olduğunu ispat etme olanaklarından da yoksun kalabilir. Zira kendisi, şirketi yönetim ve temsil yetkisine sahip olmadığı için, bu yönde yapılacak itirazı destekleyen belge ve bilgilere, süresi içinde⁷⁸ ulaşamayabilir ve yargılama makamları önünde, "*silahların eşitliği ilkesine*" uygun olarak savunma hakkını kullanamayabilir.⁷⁹ Tüm bu gerekçelerle, şirket ortağının, şirketin kamu borçlarından sorumlu olmaması gerektiği yönündeki görüşümüzü tekrar ederken, Danıştay'ın anılan kararının TTK'nın sistemine ve temel anayasal ilkelere de uygun düşmediğini belirtiyoruz.

⁷⁸ Kamu alacağı sebebiyle kendisine ödeme emri tebliğ olunan kişi, böyle bir borcu olmadığı, kısmen ödediği, zamanaşımına uğradığı hakkında, tebliğ tarihinden itibaren *15 gün* içinde vergi itiraz komisyonu nezdinde itirazda bulunabilir (AATUHK m. 58). TTK m. 614 gereğince; "*ortağın bilgi alma ve inceleme hakkı bulunmakla birlikte, ortağın, elde ettiği bilgileri şirketin zararına olacak şekilde kullanması tehlikesi varsa, müdürler, bilgi alınmasını ve incelemeyi gerekli ölçüde engelleyebilir; bu konuda ortağın başvurusu üzerine genel kurul karar verir. Genel kurul, bilgi alınmasını ve incelemeyi haksız yere engellerse, ortağın istemi üzerine mahkeme bu hususta karar verir*". Madde metninde ortağın talebi üzerine, hangi süre içinde bilgi verilmesi gerektiğine dair bir açıklık bulunmamaktadır. Üstelik müdürlerin, ortağın elde ettiği bilgileri şirketin zararına olacak şekilde kullanması tehlikesinin olması durumunda talebi red yetkisi bulunmaktadır. Ayrıca bilgi alma hakkının, özellikle mevcut ortağa tanındığı konusunda şüphe yoktur. Oysa AATUHK gereğince payını devreden ortak da şirketin borçlarından dolayı sorumludur. Mevzuatımızda bu yönde açıklık olmamasına karşın doktrinde, *kamu alacakları sebebiyle eski ortağa başvurulması*, ayrılan ortağın ayrılma payının doğru hesaplanıp hesaplanmadığı gibi istisnai hâllerde, bilgi edinme bakımından haklı menfaat bulunduğundan, eski ortağın da bilgi talep edebileceği kabul edilmekte, yine de konuya ilişkin bir düzenleme yapılarak açık hüküm getirilmesi önerilmektedir. Ozan Can, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, 52-53.

⁷⁹ Budak ve Er, 2013, a.g.m., s.95-97.

SONUÇ

Danıştay'ın 20.06.2019 tarih ve 30807 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 11.12.2018 T., 2013/1 E. ve 2018/1 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda; limited şirket tüzel kişiliğinden tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan vergi borcunun, şirket ortaklarından tahsili için, öncelikle kanuni temsilcilerin takibinin gerekmediğine hükmedilmiştir. Bu karar ile müdürler ve ortaklar, şirketin kamu borçlarından dolayı "*ikinci derecede ve birinci sırada sorumlu*" olarak aynı anda takip edilebilir.

Oysa İçtihadı Birleştirme Kararı, TTK'nın limited şirketlerin ortaklarının, şirkete karşı ve taahhüt ettikleri sermaye payıyla sorumlu olmalarını sağlayan sistemine aykırı olduğu gibi, anonim şirketin ortaklarına göre yaratılan farklılık, Anayasa'nın eşitlik ilkesine de aykırıdır. Üstelik söz konusu karar ortakların, kamu alacağının tamamı veya bir kısmının müdürlerden tahsilini bekleyerek ödeme yapma konusunda çekingen davranmalarına neden olabilir. Hukuki belirlilik ilkesine, yani vergiler açısından miktar, tarh ve tahsil zamanı ile biçimlerinin önceden belli ve kesin olmasına uygun düşmeyen İçtihadı Birleştirme Kararına, belirttiğimiz gerekçelerle katılmıyoruz. Ayrıca limited şirket ortaklarının, anonim şirket pay sahipleri gibi, şirketin kamu borçlarından sorumlu olmaması için, AATUHK m. 35'te yer alan hükmün kaldırılmasını öneriyoruz.

KAYNAKÇA

- Alışkan, Murat, *Limited Şirket, Tarihçe Niteliği*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2013.
- Altaş, Soner, *Sermaye Şirketlerinin Ortakları ile Kanuni Temsilcilerinin Vergisel Sorumluluğu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Arslanlı, Halil, *Ticaret Kanunu Şerhi, Limited Şirketler, II. Kitap, 7. Fesil, I. Kısım*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1963.
- Ayhan, Rıza, *Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992.
- Bahtiyar, Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2019.
- Bozkurt, Tamer, *Şirketler Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, Legem Yayıncılık.
- Bilgili, Fatih ve Demirkapı, Ertan, *Şirketler Hukuku Dersleri*, 5. Basım, Bursa, Dora Yayınları, 2017.
- Budak, Tamer ve Er, Selami. *Limited Şirket Ortaklarının Kamu Alacağına İlişkin Sorumluluklarının Değerlendirilmesi*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 4, S. 2, s. 75-104.
- Can, Ozan, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- Candan, Turgut, *Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu*, 3. Baskı, Ankara, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2006.
- Çamoğlu, Ersin, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Kamu Borçlarından Sorumluluk ile*, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Çamoğlu, Ersin, *İsviçre, Alman ve Türk hukuklarında Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlamı ve Nitelikleri*, İÜHFD, 1973, C. 38, S. 1-4, s. 499- 519.
- Çamoğlu, Ersin. *Limited Ortağın Sınırlı Sorumlu Prensibine Önemli Bir İstisna: AATUK. m. 35*, İktisat ve Maliye Dergisi, 1970, C. XVI, S.11, s. 426-430.
- Çebi, Hakan, *Limited Şirketler Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Çoşkun, Mahmut, *Açıklamalı İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Demirayak, Ezgi Başak, *Limited Şirketlerde Ortakların Şirkete Karşı Bağlılık Yükümlülüğü*, Ankara Barosu Dergisi, 2018, C-, S. 3, s. 23-54.
- Gerçek, Adnan, *Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi*, AÜHFD, 2005, C. 54, S.3, s. 157-193.
- Helvacı, Mehmet, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001.
- Kırca, İsmail/ Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/ Manavgat, Çağlar, *Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş Yönetim Kurulu*, Ankara, BTHAE Yayınları, 2013.

- Kızılot, Şükrü/Şenyüz, Doğan /Taş, Metin/Dönmez, Recai, *Vergi Hukuku*, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2006.
- Moroğlu, Erdoğan, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Öçal, Akar, *Belçika ve Fransız Hukuklarında Ticaret Şirketlerinin Yönetimi*, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 1998.
- Öncel, Mualla, *Vergi Hukuku Açısından Sorumluluk*, Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, Ankara, AÜHF Yayınları, 1983.
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku II*, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt III*, 3. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Saban, Nihal, *Vergi Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2016.
- Şener, Oruç Hami, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Taylar, Yıldırım, *Ölçülülük İlkesi Bağlamında Vergi Ziyat Cezasının Anayasa'ya Uygunluk Sorunu*, 30. Türkiye Maliye Sempozyumu, 20-24 Mayıs 2015, Antalya, s. 137-176.
- Tekinalp, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Yanlı, Veliye, *Limited Şirketlerin Amme Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu*, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1999, s.743-770.
- Levent Yaralı, *Limited Şirketin Kamu Borçlarından Müdürlerin ve Ortakların Sorumluluğu*, 2. Baskı, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2011.
- Yaralı, Levent, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Limited Şirket Müdür ve Ortaklarının Şirketin Vergi ve Diğer Kamu Borçlarından Sorumluluğunun Fer'iliği ve Takip Sırası*, Yaklaşım Dergisi, 2010, C-, S.18, s. 298-305.
- Yıldırım, Turan ve Göçgün, Muhammed, *İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 3, S. 2, s. 39-60
- Yıldız, Şükrü, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre Limited Şirketler*, İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2007.
- Yılmaz, Kazım, *Açıklama ve Örnek Yargı Kararları ile 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulaması*, İstanbul, Bilnet Matbaacılık, 2015.

Tüketicilerle Yapılan Abonelik Sözleşmelerinin Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Bakımından İncelenmesi^(*)

Reviewing Subscription Contracts Which Signed with Consumers in Terms of the Principle of Freedom of Contract

Arş. Gör. **Mehmet ASLAN**^(**)

Öz

Tüketiciler birçok mal veya hizmeti bir defaya mahsus değil, sürekli veya düzenli olarak tüketmektedirler. Sürekli veya düzenli olarak tüketilen bu mal veya hizmetlerin bir kısmı elektrik, su, doğalgaz gibi temel ve zorunlu ihtiyaçlardır. Diğer kısmı ise spor salonu, gazete, dergi gibi ilgi duyulan ihtiyaçlardır. Söz konusu ihtiyaçların karşılanması abonelik sözleşmeleri ile mümkün olmaktadır. Bu nedenle abonelik sözleşmeleri çok geniş bir yelpazede kurulabilmektedir. Abonelik sözleşmelerinin bu denli geniş bir yelpazede kurulabilmesi ve sözleşmenin bir tarafında zayıf durumdaki tüketicilerin yer alıyor olması, bu sözleşmeler bakımından sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlandırılmasını da gündeme getirmektedir. Tüketicilerle yapılan abonelik sözleşmeleri bakımından sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması, öncelikle sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü bakımından tartışılmaya başlanmış ve bu konuda yargı kararları verilmiştir. Günümüzde ise sözleşme özgürlüğünün tüm alt başlıklarını kapsayacak şekilde sınırlandırmaların söz konusu olduğu görülmektedir.

Anahtar Kelimeler

Abonelik, Sözleşme, Tüketici, Sözleşme Özgürlüğü İlkesi, Sınırlandırma.

Abstract

Consumers consume many goods or services not for once but consistently or regularly. Some of these goods or services, which are consumed consistently or regularly, are basic and compulsory needs such as electricity, water and natural gas. The other part is the needs of interest such as gyms, newspapers and magazines. Providing these needs are possible with subscription contracts. Therefore, subscription agreements can be established a very wide range. The fact that subscription contracts can be set up in such a wide range and that poor consumers are on one side of the contract also brings into question of limiting the principle of freedom of contract in terms of these contracts. The limitation of freedom of contract in terms of subscription contracts which signed with consumers has been debated primarily in terms of freedom of contract or not, and judicial decisions have been made on this issue. Nowadays, it is seen that there are limitations to cover all sub-headings of the principle of freedom of contract.

Keywords

Subscription, Contract, Consumer, The Principle of Freedom of Contract, Limitation.

^(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 22.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 23.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 28.08.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 23.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 25.09.2019.

^(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
E-mail: mehmetaaslan107@gmail.com,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-1671-1494>.

GİRİŞ

İrade özgürlüğünün bir yansıması olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, liberal ekonomik düzenlerde özel hukuk ilişkilerinin temelini oluşturmaktadır. Liberal ekonomik düzen üzerinde inşa edilen Türk Hukuku'nda da sözleşme özgürlüğünün, normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer alan Anayasa ile güvence altına alındığını görmekteyiz. Anayasa m. 48/I'e göre, "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*".

Borçlar Kanunu m. 12 ile şekil özgürlüğü, m. 26 ile içerik özgürlüğü kuralı olarak kabul edilmiştir. Ancak içerik özgürlüğüne ilişkin ilk ve genel sınırlamalar da yine Borçlar Kanunu m. 27/I ile yapılmıştır. Bu hükme göre Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Tüketicilerle yapılan abonelik sözleşmeleri bakımından sözleşme özgürlüğünün sınırlanması, öncelikle sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü bakımından tartışılmaya başlanmıştır. Tartışma yargı kararları üzerinden gelişim göstermiştir. Bu tartışmalar büyük oranda sonuç göstermiştir. Nitekim günümüzde sözleşme özgürlüğünün tüm alt başlıklarını kapsayacak şekilde sınırlandırmaların söz konusu olduğu görülmektedir. Bu nedenle incelememiz sadece sözleşme yapıp yapmama özgürlüğüne yönelik olmayacak, sözleşme özgürlüğünün diğer yönleri de incelenecektir.

Hemen belirtelim ki abonelik sözleşmelerine ilişkin mevzuat hükümlerinin çok geniş olması sebebiyle, bu çalışmada sözleşme özgürlüğü bakımından ön plana çıkan düzenlemeler incelenecektir.

1. GENEL HATLARIYLA ABONELİK SÖZLEŞMELERİ

Abonelik sözleşmesi, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 52/I'de tanımlanmıştır. Bu tanıma göre abonelik sözleşmesi; tüketicinin, belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşmelerdir. TKHK m. 52 ve 84'e dayanılarak çıkarılan Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği¹ (ASY) de aynı tanıma yer vermektedir (ASY m. 4/I-a). Buna karşılık Elektronik Haberleşme Kanununda (EHK) daha kapsamlı bir tanım bulunmaktadır. Bu Kanunda abonelik sözleşmesi; işletmeci ile abone arasında akdedilen ve işletmecinin bir bedel karşılığında dönemsel ya da sürekli olarak bir hizmeti yerine getirmeyi veya mal teminini üstlendiği ya da her ikisini birden kapsayan sözleşme olarak tanımlanmaktadır (EHK m. 3/I-b).

¹ Resmi Gazete Tarihi: 24.01.2015, Resmi Gazete Sayısı: 29246.

TKHK'daki tanımda "bir bedel karşılığında" ifadesinin yer almaması öğretide haklı olarak eleştiri konusu olmaktadır.² TKHK'daki bu eksikliğin sehven yapıldığını düşünmekte ve bedel konusunda EHK'da yer verilen tanımın referans alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Abonelik sözleşmelerinin birçok türü bulunmaktadır. Zira konusu uygun olmak şartıyla, her türlü sözleşmenin abonelik şartı eklenerek, abonelik sözleşmesi şekline getirilmesi mümkündür.³ Örneğin dergi satış sözleşmesine abonelik şartı eklenerek, sözleşme abonelik sözleşmesine dönüştürülebilir. Dolayısıyla abonelik sözleşmelerinin konusundan hareketle abonelik sözleşmelerinin türlerine ulaşmak da mümkün olmaktadır.

Abonelik sözleşmesinin konusu mal satışı ve/veya hizmet sağlanması olabilir. Konusu mal satışı olan abonelik sözleşmeleri, düzenli ve periyodik olarak bir mal satışı konu alan sözleşmelerdir. Dergi aboneliği, gazete aboneliği bu tür aboneliklerdendir. Konusu hizmet sağlanması olan abonelik sözleşmeleri, sürekli veya düzenli olarak bir hizmetin sağlanmasını esas alan sözleşmelerdir. Telefon aboneliği, otopark aboneliği, spor salonu aboneliği bu tür aboneliklere örnek verilebilir. Konusu hem mal satışı hem de hizmet sağlanması olan abonelik sözleşmeleri de bulunmaktadır. Bu sözleşmelere; su aboneliği, doğal gaz aboneliği ve elektrik aboneliği örnek verilebilir.⁴

Bu bilgilerden hareketle abonelik sözleşmesinin geniş bir tanımını vermek mümkündür. Buna göre abonelik sözleşmesi, satıcı veya sağlayıcının bir mal ve/veya hizmeti düzenli veya sürekli bir şekilde aboneye sunmayı taahhüt ettiği, abonenin ise bu mal ve/veya hizmetin bedelini peşin veya dönemsel olarak ödemeyi üstlendiği, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak tanımlanabilir.⁵

Abonelik sözleşmesinin özellikle üyelikten ayırt edilmesi gerekmektedir. Üyelik belirli bir grubun sunduğu avantajlardan yararlanmak amacıyla kişilere kazandırılan bir statüdür. Bu grup ya da topluluk; dernek, sendika, kulüp vs. olabilir. Abonelik ise tüketicinin, abonelik bedeli karşılığında, belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşmelerdir. Şayet tüketici belirli bir hizmet veya malı satın alıyor ve bu faaliyet sürekli-

² Bkz. Seda Öktem Çevik, "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Abonelik Sözleşmesi", *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2015, s. 346; Sezer Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 858-859.

³ İ. Yılmaz Aslan, *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 5. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, 2015, s. 599.

⁴ Yasin Köse, "Abonelik Sözleşmeleri", *Adalet Dergisi*, 2011, S. 41, s. 149.

⁵ Köse, a.g.m., s. 151; Güneş Koca, *Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 29.

lik arz ediyorsa, bu sözleşme abonelik sözleşmesi olarak kabul edilmeli ve TKHK kapsamında değerlendirilmelidir. Üyelikte ise, bir mal veya hizmetin satın alınması amacı değil, belirli bir grup ya da topluluğa mensup olup, bunun avantajlarından yararlanma amacı söz konusudur. Dolayısıyla sözleşmelere üyelik olarak konu edilse dahi, örneğin bir spor salonu üyeliği ya da havuz üyeliği esasında birer abonelik sözleşmesidir.⁶

2. ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Öğretide bir görüşe göre, abonelik sözleşmelerinde ifa, taraflardan biri belirli veya belirli olmayan bir süre içerisinde tekrarlanan edalarla yükümlü olduğu için, zorunlu olarak ard arda yerine getirilir. Bu görüşe göre abonelik sözleşmesinin temelinde satış sözleşmesinin olduğu hallerde, bu sözleşme ard arda teslimli satış sözleşmesi niteliğindedir.⁷ Ancak abonelik sözleşmeleri satış sözleşmesinden farklı olarak satıcı veya sağlayıcıya mal veya hizmet sunmak dışında da yükümlülükler yüklemektedir. Satıcı veya sağlayıcı, aboneye mal veya hizmet sunmanın yanında, bu mal veya hizmeti kullanım amacına uygun olarak sunmayı ve oluşabilecek aksaklıkları gidermeyi de üstlenmektedir. Öte yandan satış sözleşmesi bir malın temlikini amaç edinirken, abonelik sözleşmesi, mal temininin yanında hizmet sunumu ve hizmetin aksamadan işlenmesini de kapsamaktadır. Ancak süreli yayın aboneliğinde olduğu gibi, abonelik bazı durumlarda hizmet sunumunu kapsamayıp sadece mal teminini konu aldığından satış sözleşmesine benzemektedir.⁸

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere abonelik sözleşmelerinin konusu mal satışı, hizmet sağlanması ya da her ikisi birden olabilir. Bu nedenle abonelik sözleşmelerinin birçok türü bulunmaktadır. Ancak tüm abonelik sözleşmelerinin ortak özelliği, sürekli borç ilişkisi doğurmalarıdır.⁹ Hâlbuki satış sözleşmesi çoğunlukla malın alınması ve bedelin ödenmesi ile sona ermektedir.

Öğretide bir görüşe göre abonelik sözleşmesi mal satışı ve/veya hizmet sunumu ile bunun karşılığında bir bedel ifasını içerdiğinden, kanunda düzenlenen satış sözleşmesi ve hizmet sözleşmesine ait unsurları bir araya getirmektedir. Dolayısıyla kanunun öngördüğü sözleşme tiplerine ait unsurların, kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya getirilmesi söz konusudur. Bu nedenle abonelik sözleşmesi isim-

⁶ Aslan, a.g.e., s. 601, Köse, a.g.m., s. 150.

⁷ Erden Kuntalp, *Ard Arda Teslimli Satım Akdi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968, s. 31; Hasan Ozanoğlu, *Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1999, s. 182.

⁸ Köse, a.g.m., s. 150.

⁹ Aslan, a.g.e., s. 600.

siz sözleşmelerden olan karma sözleşme niteliğindedir.¹⁰ Ancak bir sözleşmenin isimsiz sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için, kanunda tanımlanmayıp asli unsurlarına yer verilmemiş olması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle isimsiz sözleşmeler, kanunlarda, sözleşmeye tipini veren “tip unsurlarıyla” türsel olarak düzenlenmemiş olan sözleşmelerdir. Buna karşılık bir sözleşmenin isimli (tipik) sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için, asli edim yükümleri üzerinden ve asgari hüküm ve sonuçlarıyla kanunlarda¹¹ düzenlenmesi gerekmektedir.¹² Abonelik sözleşmeleri ise gerek TKHK gerekse abonelik sözleşmelerini konu alan diğer yasal düzenlemelerde tanımlanmaktadır. Yukarıda incelediğimiz bu tanımlarda sözleşmenin asli unsurlarına yer verildiği de görülmektedir. Nitekim öğretide Aslan’ın ifade ettiği üzere, şayet tüketici belirli bir mal veya hizmeti satın almakta ve bu faaliyet süreklilik arz etmekte ise, artık bu sözleşme abonelik sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir.¹³ Bunun yanında abonelik sözleşmelerini konu alan mevzuatta bu sözleşmeye ilişkin asgari hüküm ve sonuçların da belirlendiği görülmektedir. Bu nedenle kanımızca abonelik sözleşmesi isimli (tipik) bir sözleşmedir.¹⁴

Belirtmek gerekir ki abonelik sözleşmesinin isimli sözleşme olarak nitelendirilmesi bu sözleşme tipinin aynı zamanda karma sözleşme olduğu sonucunu değiştirmeyecektir. Nitekim abonelik sözleşmesinde farklı tipte sözleşmelere ait unsurlar bir araya gelmektedir. Bu durum özellikle abonelik sözleşmesini konu alan mevzuatta boşluk bulunması halinde uygulanacak genel hükümlerin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Nitekim abonelik sözleşmeleri; satış, taşıma, hizmet, vekâlet, eser sözleşmeleri gibi birçok isimli sözleşmenin unsurlarını tek tek veya birlikte barındırabilmektedir.¹⁵ Bu durumda karma sözleşmelerin tamamlanmasına ilişkin ortaya konulan görüşlerden faydalanmak gerekecektir.¹⁶ Kanaatimizce terkip teorisi esas alınmalı ve abonelik sözleşmesindeki

¹⁰ Köse, abonelik sözleşmesinin isimsiz ve karma bir sözleşme olduğu görüşünü ileri sürmektedir. Ancak hemen belirtelim ki bu görüş yeni TKHK yürürlüğe girmeden önceki döneme dayanmaktadır. Köse, a.g.m., s. 154.

¹¹ Buradaki kanun ifadesinden ile mevzuat anlaşılmalıdır.

¹² Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s. 4.

¹³ Aslan, a.g.e., s. 601.

¹⁴ Öğretide Aslan ile Karakocalı ve Kurşun da konuya doğrudan değinmeseler de bu yönde ifadelere yer vermişlerdir. Bkz. Aslan, a.g.e., s. 600; Ahmet Karakocalı/ Ali Suphi Kurşun, *Tüketici Hukuku*, İstanbul, Aristo Yayınları, 2015, s. 192. Buna karşılık Dalka Okumuş, abonelik sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olduğunu kabul etmekle birlikte, TKHK m. 52 ve Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği’ndeki ayrıntılı düzenlemeler karşısında abonelik sözleşmesinin isimli sözleşme olma yolunda geçiş yaptığını ifade etmektedir. Bkz. Şüheda Dalka Okumuş, *Elektrik – Doğal Gaz Piyasaları Abonelik Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerde Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Denetimi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 95-96.

¹⁵ Dalka Okumuş, a.g.e., s. 132.

¹⁶ Bu görüşler için bkz. Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 62 vd.

her unsura, ait olduğu sözleşme tipinin unsurları uygulanmalıdır. Şayet sözleşmede mal satışı söz konusu ise satış sözleşmesine ilişkin hükümler, bir eserin imali ve teslimi söz konusu ise eser sözleşmesine ilişkin hükümler, bir hizmet sağlanması söz konusu ise somut olayın özelliklerine göre hizmet veya vekâlet sözleşmelerine ilişkin hükümler uygulanmalıdır.¹⁷ Buna karşılık bu sözleşme tiplerine ait unsurların birlikte yer aldığı abonelik sözleşmelerinde uyumsuzluk hangi sözleşme tipine ait unsurla ilgili çıkmışsa, söz konusu boşlukların tamamlanması ve çözüm için bu sözleşme tipine ilişkin mevzuat hükümleri uygulanmalıdır.

3. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE ABONELİK SÖZLEŞMELERİNİN TARİHSEL TEMELLERİ

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, liberal ekonomik düzenlerde borç ilişkileri bakımından kabul edilen en temel ilkelerden biridir. Bu ilkenin kapsamı oldukça geniştir. Tarafların bir sözleşmeyi yapmak zorunda olmamaları, sözleşmenin karşı tarafını serbestçe seçebilmeleri, sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilmeleri, sözleşmeyi değiştirebilmeleri ve ortadan kaldırebilmeleri, sözleşmenin şeklini serbestçe tayin edebilmeleri gibi hususlar sözleşme özgürlüğünün kapsamı içinde yer almaktadır.¹⁸

İrade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkelerinin doğal bir sonucu olarak görülen eşitlik ilkesi gereği, ekonomik ve sosyal durumlarına bakılmaksızın alacaklı ve borçlu eşit korumaya tabidir. Ancak teknolojik gelişmeler ışığında, sosyal ve ekonomik hayattaki değişimler bazı durumlarda sözleşmenin zayıf tarafının korunması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bunun bir sonucu olarak, 20. yüzyılın ilk yarısından başlayarak ekonomik olarak zayıf durumda olanın korunması gerektiği yönündeki görüş kabul görmeye başlamış ve sözleşme özgürlüğü çeşitli yönlerden sınırlanmaya başlanmıştır.¹⁹

¹⁷ Ertaş, hizmet sağlanmasının söz konusu olduğu durumlarda abonelik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğunu vurgulamıştır. Bkz. Şeref Ertaş, "Yeni Tüketiciyi Koruma Kanununda Abonman Sözleşmeleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2014, C. 9, S. 99, s. 104. Hizmet sözleşmesindeki bağımlılık unsuru abonelik sözleşmelerinde bulunmadığından bu görüş savunulabilir. Ancak bağımlılık unsuru dışında hizmet sağlanmasını konu alan abonelik sözleşmeleri ile hizmet sözleşmesi arasında büyük benzerlik bulunmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce somut olayın özelliklerine göre hizmet veya vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

¹⁸ Selahattin Sulhi Tekinay/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop/ Sermet Akman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 362 Aral/ Ayrancı, *a.g.e.*, s. 54. Sözleşme özgürlüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İrfan Şahin, *Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları*, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 5 vd.

¹⁹ Tekinay/ Burcuoğlu/ Altop/ Akman, *a.g.e.*, s. 364; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 17-18; Hasan Ayrancı, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, S. 53, s. 232-233.

Tüketicilerle yapılan abonelik sözleşmeleri bakımından sözleşme özgürlüğünün sınırlanması, özellikle sözleşme yapma yapmama özgürlüğü bakımından söz konusu olmuştur. 20. yüzyılın liberal ekonomik düzenlerinde, bazı işletme ve kuruluşlar halkın zorunlu olarak ihtiyaç duyduğu mal veya hizmetler bakımından hukuki veya fiili tekel konumuna gelmişlerdir. Bu durum özellikle elektrik, su, doğalgaz, telefon gibi abonelik sözleşmesine dayanılarak sunulan ve zorunlu ihtiyaç olarak nitelendirilebilecek mal veya hizmetlerde söz konusu olmuştur. Bu şekilde ortaya çıkan tekeli ekonomik güçlerin, bu güçlerini kötüye kullanmalarını ve haksız kazanç sağlamalarını önlemek, taraflar arasında güç dengesini sağlamak amacıyla, zorunlu ihtiyaç olarak nitelendirilen mal veya hizmetler bakımından tüketicilerle sözleşme yapma zorunluluğu kabul edilmiştir.²⁰ Öğretide bir kısım yazarlar bu zorunluluğun hukuki dayanağı olarak BK m. 49/II'yi işaret ederek, burada ahlaka aykırı bir fiilin söz konusu olduğu görüşündedir.²¹ Diğer görüş ise, MK m. 2'yi işaret ederek, dürüstlük kuralını sözleşme yapma zorunluluğunun hukuki dayanağı olarak kabul etmektedir.²² Yargıtay ise bir kararında iki görüşü de dayanak olarak almıştır.²³

Bu arada sosyal adalet anlayışının bir gereği olarak, bu mal veya hizmetlerin herkese eşit olarak sunulması gerektiği görüşü kabul edilerek,²⁴ sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü de eşitlik ilkesiyle sınırlandırılmış olmaktadır.²⁵

²⁰ Eren, a.g.e., s. 301-302; Alparslan Altan, "Enerji Sağlama Sözleşmeleri Bakımından Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Yapma Zorunluluğu İlkelerinin Uygulanması", *Ankara Barosu Dergisi*, 2004, S. 4, s. 69.

²¹ Eren, a.g.e., s. 306; Tekinay/ Burcuoğlu/ Altop/ Akman, a.g.e., s. 365; Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s. 245.

²² Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 74; M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1*, 17. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 194; Altan, a.g.m., s. 69.

²³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 10.12.2003 tarihinde aldığı kararında, dürüstlük kuralını hukuki dayanak olarak göstermiştir. "Fiili tekel durumunda bulunan özel kişilerden bir eczacı, hekim, fırıncı veya lokantacının sahip oldukları mallarla, arz edecekleri hizmet yönünden, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir sözleşme yapma zorunluluğu bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak bu gibi kişilerin haklı bir sebebe dayanmadan sözleşme yapmaktan kaçınmaları, hukuka ve bilhassa ahlaka, dürüstlük kuralına ya da hakkın kötüye kullanılmaması kuralına aykırılık teşkil etmesi halinde sözleşme yapmak yükümlülüğü söz konusu olur.". Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 10.12.2003, E. 2003/4-693, K. 2003/740 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2003-4-693.htm> (Erişim tarihi: 20.03.2019).

²⁴ Ali Naim İnan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 159; Ayrancı, a.g.m., s. 233 ve dp. 16. Sosyal adalet ilkesinin tüketiciyi korumaya yönelik uygulama alanı bulabileceği yönündeki görüşü için bkz. Haluk Tandoğan, *Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977, s. 11 vd.

²⁵ Belirtmek gerekir ki sosyal adalet ilkesinin tüketici sözleşmeleri ve bu arada abonelik sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulabileceği kabul edildiğinde, sadece sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü değil, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü de belirli sınırlamalara tabi tutulabilir. Çünkü sözleşmenin güçlü tarafı karşısında zayıf taraf korunmak istendiğinde, bazı

Ülkemizde abonelik sözleşmelerin Yargıtay kararlarına konu olması da oldukça eskiye dayanmaktadır. Yargıtay, 5.4.1944 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında, abonelik sözleşmelerini iltihaki sözleşme olarak nitelendirip bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olduğunu, bu sözleşmelerle ilgili çıkan uyuşmazlıkların özel hukuk kuralları çerçevesinde çözümleneceğini belirtmektedir.²⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 6.12.1974 tarihli kararında, abonelik sözleşmelerine ilişkin, tekel niteliğinde hizmet sunan idarenin sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğunu hüküm altına almıştır.²⁷ Karara göre, “İdarenin objektif koşullarla ilan ettiği (tekel durumundaki hizmetlerin yapılması için) genel ve devamlı bir nitelik arzeden icabın fert tarafından kabulü halinde idare “iltihaki sözleşmeyi” başka kanuni bir sakınca yoksa yapmakla ve hizmeti ferde ulaştırmakla görevlidir.”. Ancak Yargıtay bu kararında idarenin sözleşme yapma zorunluluğunun mutlak olmadığını, belirli durumlarda sözleşme yapmaktan kaçınılabileceğini ifade etmektedir. Öncelikle Yargıtay “... kanuni bir sakınca yok-

durumlarda sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesi gerekecektir. Sosyal adalet ilkesinin özel hukuk sözleşmelerine etkileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hayriye Şen Doğramacı, “Türk Borçlar Kanunu'nun 356. Maddesinin Değerlendirilmesi: Sözleşme Adaleti Mi? Sözleşme Özgürlüğü Mü?” Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C. II, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 1285 vd.

²⁶ YİBK, T. 5.4.1944, E. 1944/4, K. 1944/12, “Muayyen bir bedel mukabilinde ve bazı şartlar altında istifade edilen hizmetlerde umumîlik vasfa olmayıp aktî bir mahiyet vardır, Fertlerin muayyen şartlara itibak etmek ve bir bedel vermek suretiyle istifade ettiği bu nevi aktitler iltihakî aktittir. Taraflardan biri olan idarenin evvelden bir takım şarttan ihzar ile bunları bir icap şeklinde umuma arz ve ferdin de bu şartları zımnen kabul suretiyle hizmetten istifade etmesi şeklinde tecelli eden ve hususî hukuk sahasında sigorta ve nakliye mukaveleleri gibi emsali bulunan bu aktitler de onların tamamen aynıdır. Bunlar bilhassa ticarî veya sınaî mahiyeti daha kuvvetli görülen teşebbüsler olup demiryolları, tramvay ve diğer nakli vasıtaları, su, havagazı, telefon ve radyo gibi faaliyetler bu sınıfa dahil bulunmaktadır.

Demiryolları bizde olduğu gibi Devlet tarafından işletildiği vakit Devletin ticarî bir teşebbüs yapmış olacağı, yolcular ve nakliyecilerle demiryolları idaresi arasındaki münasebetin hususî hukuk kaidelerine tabi bulunacağı ve bunun neticesi olarak bu nevi nakliye işleri karşısında ferdin vaziyetinin tamamen aktî mahiyette bulunduğunu ve bu mukavelelerin bir nakliye mukavelesinden başka bir şey olmadığını kabul etmek icap eder. Fertle demiryolları arasındaki münasebet aktî sayılınca fert tarafından ödenen nakliye bedelleri de, bir tarife ile tesbit edilmiş olmasına rağmen, aktî mahiyette bir ücret addedilir. Nitekim telefon, gaz ve elektrik gibi faaliyetlerde de fert ile idare bir mukavele aktedip abonman mukavelesi denilen bu mukavele adadaki münasebetin kaide ve hükümlerini ihtiva eder. Bazan amme hizmeti sınaî veya ticarî bir teşebbüs mahiyetini haiz olur. Bu gibi hallerde ekseriyetle ferdin bu hizmetten istifade etmesi bir mukavele ile mümkündür.

Bu mukavele umumiyet itibarıyla bir hususî hukuk mukavelesi olup bu yüzden çıkan ihtilaflar hususî hukuk prensipleriyle hal olunur. Fert bu radyo neşriyatından aktettiği karşılıklı hak ve vecibeleri ihtiva eden bir hususî hukuk mukavelesi ile istifade eder. Akit, ne suretle tesbit edilmiş olursa olsun iki iradenin hukukî bir alakası olan bir mevzu üzerinde birleşmesinden ibaret olduğuna göre radyo faaliyetinden istifade edenlerle posta idaresi arasındaki irade birleşmesi de tamamen bir aktin ifadesidir. Ancak bunda iradelerin mevzuu evvelce tespit edilmiştir. Bunun bir iltihakî akit olmasına göre akit zımında alınan para da akte müsteniden alınmış vergi ve resim haricindeki bir ücretten ibarettir.”. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/ibgk-1944-4.htm> (Erişim tarihi: 20.03.2019).

²⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 6.12.1974, E. 1973/6285, K. 1974/16590 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-1973-6285.htm> (Erişim tarihi: 22.03.2019).

sa...” ifadesiyle, kanuni bir engelin söz konusu olduğu hallerde idarenin sözleşme yapmaktan kaçınabileceğini belirtmektedir. Kararın devamında, başvuran kişinin gerekli koşulları taşımaması veya teknik olanakların elvermemesi hallerinde de idarenin sözleşme yapmaktan kaçınabileceği hüküm altına alınmıştır.²⁸ Böylelikle sözleşme yapma zorunluluğuna; kanuni bir engelin varlığı, teknik imkânların elvermemesi ve başvuran kişinin gerekli koşulları taşımaması şeklinde üç önemli istisna getirilmiş bulunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 13.5.1977 tarihli kararında aynı istisnaları tekrarlamıştır.²⁹

Belirtmek gerekir ki 1995 yılında yürürlüğe giren 4077 sayılı TKHK ile birlikte, abonelik sözleşmeleri bakımından sözleşme yapma zorunluluğu kanuni dayanak bulmuştur. Nitekim bu Kanunun yürürlüğe girdiği ilk halinin 5. maddesine göre, “Üzerinde “numunedir” veya “satılık değildir” ibaresi bulunmayan bir malın; ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi, onun stokta bulunduğu anlamına gelir. Satıcı teşhir ettiği malların satışından kaçınmaz. Satılmadığı halde satılmış gibi gösteremez. Hizmetlerin satışından da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz.”³⁰ Bu konu aşağıda inceleneceği için burada ayrıca detaylandırılmayacaktır.

4. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ BAKIMINDAN ABONELİK SÖZLEŞMELERİNİN GÜNÜMÜZ UYGULAMASI

A. Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü Bakımından

Abonelik sözleşmelerine ilişkin güncel mevzuat incelendiğinde, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünün, yerini sözleşme yapma zorunluluğuna bıraktığı görülmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere, 20. yüzyıldan itibaren hukuki veya fiili tekel olarak ve zorunlu ihtiyaç niteliğinde mal veya hizmet sunan işletmelerin gerekli koşulları taşıyan abonelerle sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmeye başlanmıştır. Güncel mevzuat bakımından bu zorunluluk, sadece zorunlu ihtiyaç niteliğindeki mal veya hizmetler bakımından değil, belirli koşullar altında her türlü tüketici edinimi için öngörülmektedir.

²⁸ “... her ne kadar idare genel ve devamlı bir nitelik arzeden icabı kabul eden fertle sözleşme yapmak zorunluğunda ise de; hiç kuşku yoktur ki, eğer fert gerekli şartları haiz değil ise, idare böyle bir sözleşme yapmak zorunda değildir.” “... Davacının sırası geldiğinde, teknik olanaklar elverdiği ölçüde idare en kısa zamanda tekelinde bulunan bu hizmeti kişiye götürmek zorundadır...” Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 6.12.1974, E. 1973/6285, K. 1974/16590 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-1973-6285.htm> (Erişim tarihi: 22.03.2019).

²⁹ Yargıtay HGK, T. 13.5.1977, E. 1976/4-1976, K. 1977/480, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-1976-4-1976.htm> (Erişim tarihi: 22.03.2019).

³⁰ <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22221.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22221.pdf> (Erişim tarihi: 23.03.2016).

TKHK m. 52'de abonelik sözleşmeleri bakımından sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Sözleşme yapma zorunluluğu bakımından genel esaslar içinde, “*Satıştan kaçınma*” başlığı altında düzenlenen TKHK m. 6 hükmü önem arz etmektedir. Bu hükümde mal satışı ve hizmet sağlanmasına ilişkin ayrı ayrı kurallar belirlenmiştir. Biz de incelememizi bu ayrımı gözeterek yapacağız. Bu arada mal satışı ve hizmet sağlanmasını birlikte konu alan abonelik sözleşmelerini üçüncü bir başlıkta inceleyeceğiz.

a. Mal Satışını Konu Alan Abonelik Sözleşmeleri

TKHK m. 6 hükmünün ilk fıkrasında mal satışı düzenlenmiştir. Buna göre vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz. Bu hükme göre açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen bir malın satışından kaçınabilmek, sadece malın satılık olmadığı şeklinde bir ibareye yer verilmesi halinde mümkündür. Aksi durumda satıcı malın satışından kaçınamayacaktır. Böylelikle satıcının sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olacaktır.³¹

Bu hüküm abonelik sözleşmeleri bakımından da geçerli olduğundan, satıcı, satılık olmadığı şeklinde bir ibareye yer vermeden teşhir ettiği malı satın almak isteyen abone ile sözleşme yapma zorunluluğu içinde olacaktır. Örneğin bir dergiyi açıkça görülebilir bir yerde teşhir eden satıcı, abonelik talep eden tüketici ile sözleşme yapmak zorundadır. Üstelik bunun için Borçlar Kanunu m. 8/II'de öngörüldüğü üzere, malın fiyatının gösterilmesi koşulu da aranmamıştır. Önemli olan satıcının malı teşhir etmesi ve satılık olmadığı şeklinde ibareye yer vermemiş olmasıdır. Bu nedenle burada genele yapılmış bir öneriden bahsedemeyiz. Çünkü öneri sözleşmenin zorunlu unsurlarını içermelidir.³²

Teşhir edilen malın bedelinin üzerinde yazmaması durumunda bedelin nasıl belirleneceği hususu gündeme gelecektir. Bu durumda Borçlar Kanunu m. 233 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna göre tüketici, satış bedelini belirtmeksi-

³¹ Aslan, a.g.e., s. 357-358; Çabri, a.g.e., s. 146; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, “Tüketici Hukuku'nda Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Uygulaması”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 12, S. 2, s. 168-169; Karakocalı/Kurşun, a.g.e., s. 46. Buna karşılık Aydoğdu, satıcının teşhir ettiği mallar bakımından tüketici ile sözleşme yapma zorunluluğunun bu malların elinde bulunması halinde söz konusu olacağı görüşündedir. Bkz. Murat Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 119.

³² Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 193. Öğretide Özel, TKHK m. 54'te düzenlenen etiket zorunluluğu ile birlikte TBK m. 8/2'nin burada tekrarlandığını ve bunun herkese yapılmış bağlayıcı bir öneri olduğunu savunmaktadır. Bkz. Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019, s. 87. Buna karşılık Çabri, fiyatı gösterilmeksizin sergilenen mallar bakımından tüketicinin satın alma beyanının öneri niteliğinde olmadığını, fiyat belirlenmeden yapılacak böyle bir beyanın sözleşmenin esaslı unsurlarını içermeyeceğini ve bunun bir öneriye davet olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, tüketicinin beyanı üzerine satıcının bedeli beyan etmesi ile önerinin unsurları gerçekleşir ve tüketicinin kabulü ile sözleşme kurulmuş olur. Bkz. Çabri, a.g.e., s. 148.

zin, malı alacağını kesin olarak bildirdiğinde, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı dikkate alınacak ve sözleşme bu fiyat üzerinden kurulmuş olacaktır.³³

Kanımızca abonelik sözleşmelerinde, sözleşme yapma zorunluluğunun doğması için, satıcının tüketicilerle abonelik sözleşmesi yapma yetkisinin olması işin doğası gereği aranacak koşullardan biridir. Örneğin abonelik sözleşmesi yapma yetkisi olmayan bir gazete bayisinin, satmak için teşhir ettiği dergiye abonelik talep eden tüketici ile sözleşme yapmak zorunluluğu olmamalıdır. Aksinin kabulü Borçlar Kanunu temsil hükümleri ile bağdaşmadığı gibi kanun koyucunun amacına da uymamaktadır.

b. Hizmet Sağlanması Konu Alan Abonelik Sözleşmeleri

Hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşme yapma zorunluluğu TKHK m. 6/II'de öngörülmüştür. Bu hükme göre haklı bir sebep olmaksızın hizmet sağlamaktan kaçınılamaz.³⁴ Böylelikle hizmet sağlanmasının söz konusu olduğu durumlarda sözleşme yapmaktan kaçınma, sadece haklı sebebin varlığı halinde mümkün olmaktadır. Sağlayıcı, haklı bir sebebe dayanmadığı sürece, talepte bulunan tüketici ile sözleşme yapmak zorundadır.³⁵

Ancak Kanun haklı sebebin kapsamını belirlememiştir. Tarafların kişisel özelliklerinin ön plana çıktığı işgörme sözleşmeleri bakımından bu zorunluluğun söz konusu olmayacağını, bu durumda kişisel özelliklerin önemini tek başına haklı sebep sayılacağını belirtmek gerekir. Dolayısıyla işgörme sözleşmeleri bakımından sözleşme yapma zorunluluğu, birden çok kişiye aynı hizmetin sunulduğu durumlarda söz konusu olacaktır. Örneğin spor salonu işleten sağlayıcı, birden çok kişiye aynı hizmeti sunduğu ve tarafların kişisel özellikleri sözleşmenin yapılması bakımından önem arz etmediği için, ayrıca haklı bir sebep sunmaz ise, abonelik başvurusunda bulunan tüketici ile sözleşme yapmak

³³ Vardar Hamamcıoğlu, a.g.m., s. 181.

³⁴ Kanunda hizmet, "Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusu" olarak tanımlanmıştır (TKHK m. 3/I-d). Tüketici işlemi; eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi kapsadığına göre, "hizmet sağlama" terimi geniş yorumlanmalıdır. Buna göre tüketicinin taraf olduğu, mal satışı dışındaki tüm hukuki işlemler bu kapsamda değerlendirilebilir. Bkz. Mehmet Murat İnceoğlu, "Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu açıdan Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan*, 2000, s. 417; Vardar Hamamcıoğlu, a.g.m., s. 185.

³⁵ *"..Fili tekel durumunda bulunan özel kişilerden bir eczacı, hekim, fırıncı veya lokantacının sahip oldukları mallarla, arz edecekleri hizmet yönünden, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir sözleşme yapma zorunluluğu bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak bu gibi kişilerin haklı bir sebebe dayanmadan sözleşme yapmaktan kaçınmaları, hukuka ve bilhassa ahlaka, dürüstlük kuralına ya da hakkın kötüye kullanılmaması kuralına aykırılık teşkil etmesi halinde sözleşme yapmak yükümlülüğü söz konusu olur..".* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 10.12.2003, E. 2003/4-693, K. 2003/740 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2003-4-693.htm> (Erişim tarihi: 20.03.2019).

zorundadır. Buna karşılık tarafların kişisel özelliklerinin önem arz ettiği vekâlet sözleşmesi bakımından sözleşme yapma zorunluluğunu savunmak mümkün değildir.³⁶ Kanımızca kanun koyucunun sağlayıcıya, “haklı bir sebep” imkânını tanıması isabetlidir. Çünkü bu imkânın tanınmaması halinde, hizmet sağlanmasının söz konusu olduğu hemen her durumda sözleşme yapma zorunluluğu gündeme gelecek ve bu durum sağlayıcılar için büyük zorluklar doğuracaktır. Bu nedenle haklı sebebin de geniş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Son olarak TKHK m. 52’ye dayanılarak, 24.01.2015 tarihinde çıkarılan Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliğini incelemek gerekmektedir. Yönetmeliğin 5. maddesine göre, “*Satıcı veya sağlayıcı, sunulan mal veya hizmete ilişkin olarak tüketici ile bir abonelik sözleşmesi kurmak zorundadır.*”. Hükme göre abonelik sözleşmesinin imzalanması bakımından mal veya hizmetin sunulmuş olması yeterlidir. Bir başka ifadeyle mal veya hizmetin sunulduğu durumlarda, satıcı veya sağlayıcı sözleşme yapmak zorundadır. Burada mal veya hizmetin sunulmasından, TKHK m. 6’da öngörüldüğü üzere, mal veya hizmetin teşhir edilmesi anlaşılmalıdır. Aksi takdirde sözleşme yapma zorunluluğunun mutlak olarak kabul edilmesi gibi bir sonuç çıkacaktır ki böyle bir sonuç, satıcı veya sağlayıcının teknik ve ekonomik imkânlarının elvermemesi durumlarında menfaatler dengesine aykırı düşecektir.

Belirtmek gerekir ki Yönetmeliğin bu hükmü, sözleşme yapma zorunluluğunu sadece mal veya hizmetin sunulmuş olması koşuluna bağlayarak TKHK’nın çizdiği çerçeveyi tüketiciler lehine daraltmaktadır. Bu hüküm satılık olmadığı şeklinde bir ibareye yer verilen malın satışından kaçınılabileceğini düzenleyen TKHK m. 6/I ve haklı bir sebeple hizmet sağlanmaktan kaçınılabileceğini düzenleyen TKHK m. 6/II hükümleriyle çelişmektedir.

c. Mal Satışı ve Hizmet Sağlanmasını Birlikte Konu Alan Abonelik Sözleşmeleri

Bazı abonelik sözleşmelerinde hem mal satışı hem de hizmet sağlanması söz konusu olabilmektedir. Örneğin doğal gaz aboneliğinde, hem bir mal olarak doğal gazın satışı, hem de hizmet olarak doğal gazın abonenin yararlanmasına sürekli olarak hazır bulundurulması söz konusudur. Su aboneliği ve elektrik aboneliğinde de benzer bir durum söz konusudur. Elektronik haberleşme aboneliğinde ise hizmet sağlanması yanında aboneye genellikle mal satışı şeklinde tahsis edilen bir sim kart bulunmaktadır.³⁷ Bu nedenle elektronik haberleşme aboneliği de bu başlık altında incelenecektir.

³⁶ Inceoğlu, a.g.m., s. 416-417; Vardar Hamamcioğlu, a.g.m., s. 186-187.

³⁷ Öğretide Yıldız, hat (sim kart) tahsisinin sunulan hizmetin bir parçası olduğunu savunmaktadır. Bkz. Mustafa Göktürk Yıldız, *Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi*, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2012, s. 32.

Bu tür abonelik sözleşmeleri önemi itibarıyla genellikle özel bir kanunla düzenlenmiştir. Bu nedenle tüketicinin taraf olduğu bu tür abonelik sözleşmeleri bakımından TKHK genel kanun niteliğindedir. Özellikle 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu (DPK) ve Elektronik Haberleşme Kanununda sözleşme yapma zorunluluğunun belirli koşullar altında kabul edildiği özel hükümler bulunmaktadır.

DPK m. 4'te dağıtım şirketlerinin yükümlülüklerine yer verilmiştir. Buna göre dağıtım şirketleri sorumluluk alanlarında bulunan tüketicilerin talep etmesi halinde, bu tüketicileri sisteme bağlamakla yükümlü kılınmıştır.³⁸ Dolayısıyla dağıtım şirketleri abonelik başvurusunda bulunan tüketicilerle sözleşme yapmak zorundadır. Ancak Kanunda bu zorunluluk mutlak olarak kabul edilmemiş, belirli koşullara bağlanmıştır. Buna göre sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olabilmesi için öncelikle dağıtım şirketinin tasarrufu altındaki sistemin bağlantı yapmaya imkân veren kapasitede olması gerekmektedir. Diğer bir koşul, tüketicinin kendi üzerine düşen ve dağıtım yönetmeliğinde öngörülen işlemleri yapmış olmasıdır. Son olarak bağlantının teknik ve ekonomik olarak gerçekleşmesinin mümkün olması gerekmektedir.³⁹ Sayılan koşullar sağlandığı takdirde, dağıtım şirketleri tüketici ile abonelik sözleşmesi yapmak zorundadır. Böylelikle doğalgaz abonelik sözleşmeleri bakımından sözleşme yapma zorunluluğu mutlak olarak kabul edilmemekte, Yargıtay kararlarında yer verilen koşullara benzer koşullar aranmaktadır.

EHK m. 50/I'e göre, "*Tüketiciler, elektronik haberleşme hizmetine abone olurken bu hizmeti sağlayan işletmeyle sözleşme yapma hakkına sahiptir.*". Kanımızca bu hüküm yanlış yorumlanabilecek şekilde kaleme alınmıştır. Hükümün lafzi yorumundan, elektronik haberleşme aboneliğinin, abonelik sözleşmesi yapılmadan mümkün olabileceği, ancak tüketicinin bu sözleşmeyi yapma hakkına da sahip olduğu sonucu çıkmaktadır. Hâlbuki abonelik sözleşmesi olmadan elektronik haberleşme hizmeti almak zaten söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla bu hükmü, tüketicilerin işletmeyle elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi yapma hakkına sahip olduğu ve işletmecinin bu sözleşmeyi yaptıktan kaçınmayacağı şeklinde yorumlamanın doğru olacağı kanaatindeyiz. Ancak Kanunda işletmecinin sözleşme yapma zorunluluğu bir koşula bağlanmıştır. Bu nedenle yukarıda incelediğimiz TKHK'da öngörülen genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

³⁸ DPK'ya dayanılarak 03.11.2002 tarihinde çıkarılan Doğalgaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği m. 36/I'de de aynı yükümlülük öngörülmektedir.

³⁹ Kanuna göre taraflar arasında konuya ilişkin ihtilaf çıkması durumunda, bağlantının teknik ve ekonomik olarak mümkün olup olmadığına Kurul karar verecektir.

Elektrik Piyasası Kanununa dayanılarak çıkarılan Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği⁴⁰ m. 22/1'e de değinmek gerekmektedir. Bu hükmeye göre, görevli tedarik şirketi, usulüne uygun olarak yapılan ve imzalanan başvuruları aynı gün içerisinde sonuçlandırır ve kayıt altına alınmak suretiyle aynı gün içerisinde dağıtım şirketine bildirir. Hükümde görevli tedarik şirketinin başvuruları olumlu yönde sonuçlandırması zorunluluğuna yer verilmemiş, sadece başvuruların sonuçlandırılması zorunluluğu öngörülmüştür. Dolayısıyla buradan görevli tedarik şirketleri için sözleşme yapma zorunluluğunun öngörüldüğü sonucuna ulaşmak mümkün olmamaktadır. Ancak TKHK'da öngörülen hükümler elektrik aboneliği sözleşmeleri bakımından da geçerli olduğundan, bu sözleşmeler bakımından da kural olarak sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olduğu söylenebilir.⁴¹

⁴⁰ Resmî Gazete Tarihi: 30.05.2018, Resmî Gazete Sayısı: 30436.

⁴¹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 29.9.2011 tarihinde aldığı kararda, önceki aboneye ait borçların gerekçe gösterilerek yeni abone ile sözleşme yapmaktan kaçınılamayacağına hükmetmiştir. *"..Kural olarak, abone sözleşmesi kimin adına düzenlenmiş ise tüketim bedelinden sözleşmenin tarafı olan abone sorumludur. Devlet veya kamu kurumlarının tekelinde bulunan bazı kamu hizmetleri ve zaruri ihtiyaç maddelerini dağıtan kuruluşlarla, bunları talep eden kişiler arasında, sözleşme yapma mecburiyeti vardır. Bu sebeple davalı kurum, elektrik enerji dağıtım tekelini elinde bulunduran bir kurum olarak sözleşme yapmak zorunda olup bunun için de, alacaklı olmadığı kişilere mükellefiyet getirecek şekilde, başka aboneliklere ait borçların, davacıdan istenmesi sözleşme yapma hürriyetine engel teşkil eder..".* Yargıtay 13. Hukuk dairesi, T. 29.9.2011, E. 2011/5231, K. 2011/13318. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-2011-5231.htm> (Erişim tarihi: 26.03.2019). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun aynı yönde kararı için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 23.2.2005, E. 2005/19-90, K. 2005/97 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2005-19-90.htm> (Erişim tarihi: 26.03.2019). Aynı yönde başka bir karar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 4.6.2015, E. 2014/14572, K. 2015/10333 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-2014-14572.htm&kw=s%C3%B6zle%C5%9Fme+yapma+mecburiyeti#fm> (Erişim tarihi: 26.03.2019).

Ancak Yargıtay, bu tarz durumlarda önceki abone ile yeni abone arasında muvazaalı bir işlemin olması halinde, sözleşme yapmaktan kaçınılabileceğine yönelik kararlar da vermiştir. *"... Bu halyle davacı ile dava dışı şirket arasında kira akdinin görünüşte yapıldığı ve tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinin 24/2 maddesinin hizmet sağlayıcısına tanıdığı ödenmeyen elektrik tüketim borcu sebebiyle borcu ödemekten kaçınmak amacıyla yapıldığının kabulü gerekir. Her ne kadar tesisat aboneliği olan ... ile ünvanı belirtilen şirketlerin herhangi bir hukuki bağlantısı saptanamamış ise de, davacı şirket ile davaya konu taşınmaz kiraya veren dava dışı ... Şti ile bu yer ile fiilen bağlantılı olduğu anlaşılan diğer şirketlerin yetkili temsilcisinin aynı kişi olması ve kira bedelinin çok düşük gösterilmesi karşısında davalı tarafın muvazaa iddiasının ispatlandığının da kabulü gerekir. O halde, Dairemiz ve Hukuk Genel Kurulu'nca benimsenen ilke gereği, kural olarak sonraki abonelik, önceki abonenin borcunun ödenmesine bağlı kılınmaz ise de; mahkemece, dosyadaki bilgi, belge, ve kayıtlara göre davacı şirketle davaya konu taşınmaz üzerinde fiilen faaliyet gösteren şirketler arasında fiili, hukuki bir bağ olduğu, davalının muvazaa iddiasının ispatlandığı gözetilerek, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir..".* Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 4.4.2018, E. 2016/13534, K. 2018/3489 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-2016-13534.htm&kw=abone+muvazaa#fm> (Erişim tarihi: 20.07.2019); Aynı yönde bir başka karar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 7.11.2018, E. 2017/450, K. 2018/11154 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-2017-450.htm&kw=abone+muvazaa#fm> (Erişim tarihi: 20.07.2019).

Su aboneliği bakımından özel bir kanun bulunmamaktadır ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 25.9.2013 tarihinde, İSKİ ile ilgili verdiği kararda, tekel niteliğinde hizmet sunan işletmelerin sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu ancak fiili veya yasal bir engel bulunduğu takdirde bu işletmelerin sözleşme yapmaktan kaçınabileceğine hükmetmiştir. Kararın devamında suyun bedelinin ödenmemesinin sözleşmenin feshi için haklı neden olduğu vurgulanmıştır.⁴²

B. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü Bakımından

Sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olduğu durumlarda, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü de doğal olarak sınırlanmış olmaktadır. Çünkü satıcı veya sağlayıcıya sözleşmenin karşı tarafını seçme hususunda bir hak tanınmamaktadır. Dolayısıyla yukarıda sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin incelediğimiz hükümleri bu başlık altında incelemeyip, bu hükümlerin sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünü de sınırladığını belirtmekle yetineceğiz.

Hemen belirtelim ki tüketicilerle yapılan abonelik sözleşmeleri bakımından sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü sadece satıcı veya sağlayıcı için değil, birçok durumda tüketici için de sınırlıdır. Ancak tüketiciye yönelik sınırlama yasal değil, doğal bir sınırlamadır. Şöyle ki tüketici, hukuki veya fiili tekel niteliğindeki bir işletme söz konusu olduğu zaman sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüne sahip değildir. Örneğin elektrik, su, doğalgaz aboneliklerinde genellikle durum böyledir. Bunun dışında elektronik haberleşme sektöründe de sınırlı sayıda hizmet sunan işletme bulunmaktadır. Dolayısıyla elektronik

⁴² “..Dava, kaçak olarak kullanılan su bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Davalı gerçek kişi su aboneliği iken, borcunu ödemediği için davacı İSKİ tarafından, aboneliği iptal edilmiş; davalı da bunun üzerine, sözleşme olmaksızın ve sayaçsız olarak kaçak su kullanmıştır. Tekel niteliğinde bir hizmette bulunan İSKİ'nin fiili veya yasal bir engel bulunmayan hallerde, bu hizmetten yararlanan kişilerle sözleşme yapma mecburiyeti vardır. Sözleşmenin kurulmasıyla İSKİ, karşı taraf abonenin hizmetine suyun kullanımını sağlamakla yükümlü olup, anılan hizmetten yararlanan kişinin de kullandığı suyun bedelini ödemesi gerekir. Sözleşme gereğince, kullanılan suyun bedelinin ödenmemesi, hizmeti sunan İSKİ'ye su aboneliğini (sözleşmesini) haklı nedene dayalı olarak feshetme hakkını verir. Öyleyse, davacı İSKİ'nin su aboneliği olan davalının kullanmış olduğu suyun bedelini ödemediği gerekçesiyle sözleşme ve Tarifeler Yönetmeliği uyarınca aboneliğini iptal etmiş olmasında hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır. Hem suyu kullanıp, hem de bedelini ödemediği aboneliğin devam edilmesini gerektiğini ileri sürmek, tipik bir hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Böylesi bir duruma ise, hukuk düzeninin izin vermeyeceği aşıkardır. Sonuç itibarıyla; sözleşmesiz ve sayaçsız kaçak olarak su kullanan davalının, yasal mevzuat uyarınca anılan suyun bedelini ödemesi gerektiği her türlü kuşkudan uzak olduğuna göre, yerel mahkemece, yargılama sırasında aldırılan bilirkişi raporunda belirtilen davacı alacağına hükmetmek gerekir..”. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 25.9.2013, E. 2012/3-1927, K. 2013/1406 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2012-3-1927.htm> (Erişim tarihi: 26.03.2019). Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 28.5.2015, E. 2015/5732, K. 2015/9745 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-2015-5732.htm&kw=fiili+yasal+engel+abone#fm> (Erişim tarihi: 26.07.2019); Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 15.9.2015, E. 2015/11660, K. 2015/14203 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-2015-11660.htm&kw=fiili+yasal+engel+abone#fm> (Erişim tarihi: 26.07.2019).

haberleşme abonelik sözleşmeleri bakımından da tüketicinin seçimi doğal bir sınırlamaya tabidir. Ancak bunlar yasal sınırlamalar değil, piyasa koşullarında ortaya çıkan doğal sınırlamalardır.

Satıcı veya sağlayıcı bakımından ise sözleşme yapma zorunluluğunun getirdiği sınırlama dışında, en önemli sınırlama eşitlik ilkesidir. Bu ilkeye Elektronik Haberleşme Kanununda yer verilmiştir.⁴³ EHK m. 47'ye göre, “*İşletmeciler, sağladıkları elektronik haberleşme hizmetlerini benzer konumdaki tüketici ve son kullanıcılara eşit koşullarda ve ayırım gözetmeden sunmakla yükümlüdür.*”⁴⁴ Böylelikle satıcı veya sağlayıcının sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü, eşitlik ilkesiyle sınırlandırılmıştır.

C. Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü Bakımından

Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü BK m. 26'da hüküm altına alınmıştır. Bu hükme göre taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Ancak BK m. 27 ile bu özgürlüğün sınırsız olmadığı kabul edilmiş ve kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Böylelikle sözleşme özgürlüğü ilkesine, genel nitelikte ve birincil sınırlamalar olarak adlandırılacak ilk sınırlamalar BK'da öngörülmüştür.⁴⁵

TKHK, tüketiciyi sözleşmenin zayıf tarafı olarak görmekte ve bu doğrultuda düzenlemeler içermektedir. Bu itibarla TKHK genel olarak sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne müdahale eden bir kanundur. Dolayısıyla abonelik sözleşmeleri bakımından da sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar söz konusudur.

Konuya ilişkin en önemli sınırlama, tüm tüketici sözleşmeleri ve bu arada abonelik sözleşmeleri için de uygulama alanı bulan TKHK m. 5'te düzenlenen haksız şartlardır. Borçlar Kanunu m. 20 ve devamında düzenlenen genel işlem koşullarının özel görünüm şekli olarak nitelendirilebilecek haksız şartlar, menfaatler dengesine aykırı düşen şartlardır. Kanunda bu düzenlemenin yer almasının sebebi, sözleşmenin güçlü tarafı olan satıcı veya sağlayıcının standart sözleşmeleri kullanarak, sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketiciyi ekonomik olarak ezmesinin önüne geçmektir.⁴⁶

⁴³ Kanunda “eşitlik ilkesi” kavramı yerine, “eşit hizmet alabilme hakkı” kavramı kullanılmıştır (EHK m. 47).

⁴⁴ Hükümün devamında eşitlik ilkesine yönelik usul ve esasların, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından belirleneceği öngörülmektedir.

⁴⁵ Şen Doğramacı, a.g.m., s. 1285.

⁴⁶ Karakocalı/Kurşun, a.g.e., s. 37.

Kanunda haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları olarak tanımlanmaktadır (TKHK m. 5/I). Tüketiciyle yapılan sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür (TKHK m. 5/II). Böylelikle satıcı veya sağlayıcı tarafından, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün kötüye kullanılmasını engellemeye yönelik bir sınırlama getirilmiştir. Nitekim Kanun önceden hazırlanıp standart sözleşmede yer verilen hükümlerin tüketici ile müzakere edilmediği karinesine yer vermiştir.⁴⁷ Satıcı veya sağlayıcı bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür (TKHK m. 5/III).

Bu arada haksız şartların kesin olarak hükümsüz olması, sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümlerini etkilemeyecek, bu hükümler geçerliliğini koruyacaktır. Bu durumda satıcı veya sağlayıcı, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu da ileri sürmeyecektir (TKHK m. 5/II). Böylelikle Kanun bir yandan haksız şartları hükümsüz sayarak sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne tüketici lehine müdahale etmekte, diğer yandan yine tüketici lehine sözleşmeyi ayakta tutmaya çalışmaktadır.

TKHK m. 5/VIII'de Gümrük ve Ticaret Bakanlığına, haksız şartların sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alma görevi verilmiştir. Böylelikle TKHK sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne sadece yasal olarak müdahale etmemekte, bunun yanında Bakanlık müdahalesini de öngörmektedir.

Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla 17.06.2014 tarihinde Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır. Bu yönetmelikte örneksene mahiyetinde haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları da belirlenmiştir.⁴⁸

Belirtmek gerekir ki abonelik sözleşmesi yapan satıcı veya sağlayıcının sözleşme ilişkisi içine girdiği kişi tüketici ise, öncelikle TKHK m. 5'te düzenlenen haksız şartlar uygulama alanı bulacaktır.⁴⁹ Buna karşılık sözleşme ilişkisi

⁴⁷ Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 175.

⁴⁸ Bkz. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek-1.

⁴⁹ TKHK'da haksız şartlara karşı sağlanan koruma, BK'da genel işlem koşullarına karşı sağlanan korumadan daha geniş kapsamlıdır. Nitekim TKHK m. 5 gereği haksız şartların geçersizliğinin ileri sürülebilmesi için sözleşmenin tek tarafı hazırlanıp tüketiciyle müzakere edilmeden ona dayatılmış olması yeterli olup, BK'da öngörüldüğü üzere "düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacı" ile hareket etmiş olması koşulu aranmamaktadır. Bkz. Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 175-176.

içine girilen kişinin tüketici olmadığı (tacir, esnaf, serbest meslek erbabı, çiftçi vs.) durumlarda TKHK hükümleri değil, BK m. 20 ve devamında düzenlenen genel işlem koşulları uygulama alanı bulacaktır.⁵⁰ Bunun yanında satıcı veya sağlayıcı ile abonelik sözleşmesi akdeden kişinin, Türk Ticaret Kanunu m. 55/I-f'de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı işlem şartlarına dayanarak haksız rekabete ilişkin davaları açması da mümkündür. Üstelik bunun için tacir olmaya da gerek yoktur. Çünkü Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümleri tacirlere özgü olarak düzenlenmemiştir.

Abonelik sözleşmelerini konu alan diğer yasal düzenlemelerde de haksız şartlara yer verilen hükümlere rastlamak mümkündür. EHK m. 50/III'te, elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde yer alan ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük ilkesine aykırı düşecek biçimde abone aleyhine dengesizliğe neden olan hükümlerin geçersiz olduğu öngörülmektedir. Bu hükümde TKHK'daki düzenlemeden farklı olarak, haksız şartın varlığı için tüketiciyle müzakere edilmeme koşulu aranmamaktadır. Sözleşmedeki bir hüküm tüketiciyle müzakere edilmiş olsa dahi, belirtilen diğer koşulları taşıması halinde haksız şart sayılacak ve geçersiz olacaktır.⁵¹ Dolayısıyla elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri bakımından, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün daha çok sınırlandırıldığını söylemek mümkündür.

Abonelik sözleşmelerinde sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne diğer bir müdahale şekli ise, tekel niteliğinde hizmet sunan işletmelerin talep edeceği abonelik bedellerine ilişkindir. DPK m. 11'de perakende satış fiyatları ve tarife esaslarının Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından belirleneceği ve belirlenen perakende satış fiyatının dışında tüketicilerden herhangi bir ad altında ücret talep edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Elektrik Piyasası Kanunu m. 17'de ise, tüketicilere uygulanacak perakende satış tarifelerinin görevli tedarik

⁵⁰ Yargıtay da, kayıp-kaçak bedelinin sözleşme ile kararlaştırılmış olsa dahi dağıtım şirketleri tarafından elektrik abonelerinden tahsil edilemeyeceğini kabul ettiği ve sözleşmenin karşı tarafında bir anonim şirketin yer aldığı davada BK m. 25 hükmünü dayanak olarak kullanmıştır. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 18.12.2014, E. 2014/13539, K. 2014/16751 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-2014-13539.htm&kw=abone+s%C3%B6zle%C5%9Fme+%C3%B6z%C3%BCr%C4%9F%C3%BC#fm> (Erişim tarihi 25.06.2019).

⁵¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında telefon abonelik sözleşmesindeki sabit ücretin haksız şart niteliğinde olmadığına hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 13.10.2010, E. 2010/13-406, K. 2010/503. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erişim tarihi: 10.09.2019). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir başka kararında, sabit ücretin, yapılan görüşmeler dışında, abonenin telefon görüşmesini sağlamak üzere bütün yıl boyunca telefon hattının görüşmeye hazır tutulması için, işletmecinin şirket tarafından yapılan enerji tüketimi, teknik donanımı, bakım ve yönetim ile personel çalıştırılmasından doğan masrafların karşılığı olduğu, bu uygulamanın yurt dışındaki telekom firmalarının da yapıldığını, sabit ücretin yasal ve hakkaniyet gereği olduğunu ifade ederek, sabit ücretin neden haksız şart sayılmayacağını ortaya koymuştur. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 13.05.2009, E. 2009/13-122, K. 2009/189. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erişim tarihi: 10.09.2019).

şirketi tarafından önerileceği ve Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından incelenerek onaylanacağı hüküm altına alınmıştır.

TKHK m. 6/III hükmüyle de sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne bir sınırlama getirildiği görülmektedir. Bu hükme göre, ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenler; aksine bir teamül, ticari örf veya adet ya da haklı bir sebep yoksa, bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin, kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlayamaz.

Son olarak TKHK m. 52/III hükmü ile sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün, sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüklerini de etkileyecek şekilde sınırlandırıldığını görmekteyiz. Buna göre satıcı veya sağlayıcı, belirli süreli abonelik sözleşmelerine sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin hükümler koyamaz. Bu hükümler geçersiz sayılacaktır. Hatta sözleşmenin kurulmasından önce bu hükümlerin tüketici ile müzakere edilmesi ve onun onayının alınması dahi sonucu değiştirmeyecektir. Ancak abonelik sözleşmesinin kurulmasından sonra tüketicinin talepte bulunması veya onay vermesi hâlinde, abonelik sözleşmesinin uzatılması mümkündür. Şu kadar ki talep veya onayın sözleşmenin sona ereceği tarihten önce yapılması gerekmektedir.

D. Sözleşmeyi Değiştirme veya Ortadan Kaldırma Özgürlüğü Bakımından

Sözleşmeyi değiştirme özgürlüğü bakımından TKHK m. 4/II'de genel sınırlayıcı bir hükme yer verilmiştir. Bu hükme göre "*Sözleşmede öngörülen koşullar, sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemez.*". Abonelik sözleşmesinde tüketici aleyhine buna imkân veren bir hüküm varsa, bu hüküm geçersiz sayılacaktır.⁵²

Bu genel hüküm dışında abonelik sözleşmelerinde, sözleşmeyi değiştirme veya ortadan kaldırma özgürlüğünü sınırlayan değil, bu özgürlüğü tüketici lehine güvence altına alan hükümlere yer verildiği görülmektedir. TKHK m. 52 ve Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliğinde buna ilişkin örneklere rastlamak mümkündür.

TKHK m. 52/IV ve Yönetmelik m. 22/I'e göre tüketici, belirsiz süreli veya süresi bir yıl ve daha uzun olan belirli süreli abonelik sözleşmesini herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin istediği zaman feshetme hakkına sahiptir. Burada tüketiciye sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü tam olarak tanınmıştır.

⁵² Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 177.

TKHK m. 52/IV'ün ikinci cümlesine göre tüketici, süresi bir yıldan az olan belirli süreli abonelik sözleşmesinde satıcı veya sağlayıcı tarafından sözleşme koşullarında değişiklik yapılması hâlinde sözleşmeyi feshedebilir. Yönetmelik m. 22/II'de buna ek olarak, tüketicinin hizmetten yararlanmasına engel olabilecek geçerli bir sebebin varlığı halinde de tüketiciye sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmıştır. Böylelikle satıcı veya sağlayıcının sözleşmenin içeriğine veya uygulama koşullarına müdahalesi halinde, tüketicinin sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

Yönetmelik m. 16/I'e göre, tüketici taahhütlü aboneliğini süresinden önce sonlandırdığı takdirde, satıcı veya sağlayıcının talep edeceği bedel, tüketicinin taahhüdüne son verdiği tarihe kadar tüketiciye sağlanan indirim, cihaz veya diğer faydaların bedellerinin tahsil edilmemiş kısmının toplamı ile sınırlı kalmak zorundadır. Satıcı veya sağlayıcı bunun haricinde bir talepte bulunamayacaktır. Yönetmeliğin 17. maddesinde satıcı veya sağlayıcının, taahhütlü aboneliğin sona ermesinden en az bir fatura dönemi öncesinden, bu durumu ödeme bildirimini yan sıra yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile ayrıca tüketiciye bildirmesi öngörülmektedir. Böylelikle taahhütlü abonelik sözleşmelerinde, tüketicinin sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü kolaylaştırılırken, satıcı veya sağlayıcı için daha sıkı koşullar öngörülmektedir.

Yönetmelik m. 22/IV'e göre satıcı veya sağlayıcı, abonelik sözleşmesinin feshedilmesi ile ilgili bildirim ve taleplere ilişkin işlemleri yerine getirmek üzere gerekli tedbirleri almak ve gerektiğinde uygun bir sistem kurup bu sistemi kesintisiz olarak açık tutmakla yükümlüdür. Bu hükümde de tüketicinin sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğünün güvence altına alındığı söylenebilir.

Yönetmelik m. 23/III'e göre satıcı veya sağlayıcı, abonelik sözleşmesinin feshi için sözleşmenin tesis edilmesini sağlayan yöntemden daha ağır koşullar içeren veya tüketicinin sözleşmeyi feshetmesini zorlaştıran bir yöntem belirleyemez.

Tüm bu örneklerde tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesinin kolaylaştırıldığı, buna yönelik satıcı veya sağlayıcıya bir takım yükümlülükler yüklendiği görülmektedir. Böylelikle tüketicinin abonelik sözleşmesini ortadan kaldırma özgürlüğü tam olarak sağlanmaya çalışılmıştır.

E. Sözleşmenin Şeklini Belirleme Özgürlüğü Bakımından

Şekil özgürlüğü Borçlar Kanunu m. 12'de benimsenen temel ilkelerden biridir. Bu ilkeye göre kanunlarda aksi öngörülmedikçe, sözleşmelerin geçerliliği hiçbir şekle bağlı değildir. Abonelik sözleşmeleri bakımından TKHK m. 52/II'de şekle ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu hükme göre, "Yazılı

veya mesafeli olarak kurulan bu sözleşmelerin bir nüshasının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur.”. Kanımızca bu hükümlerle abonelik sözleşmeleri için yazılı şekil şartı kural olarak benimsenmiş, mesafeli olarak kurulan sözleşmeler bu kuralın istisnası olarak öngörülmüştür. “Yazılı veya mesafeli olarak kurulan bu sözleşmeler...” ifadesinden çıkan sonuç budur. Nitekim Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 6’da da sözleşmenin içeriğinde zorunlu olarak yer alması gereken bilgiler sayılarak yazılı şekil şartının varlığı desteklenmektedir. Kaldı ki Kanun mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmelerinin bir nüshasının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesini zorunlu tuttuğuna göre, mesafeli olmayan sözleşmeler bakımından yazılı şeklin geçerlilik şekli olarak arandığı sonucuna ulaşmak gerekir.⁵³

Öte yandan TKHK m. 4/I’e göre, Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir. Bu hükümlerle yazılı olarak düzenlenecek sözleşmelerin içeriksel şekli belirlenmiştir.

SONUÇ

Abonelik sözleşmelerinin sözleşme özgürlüğü bakımından değerlendirilmesi 20. yüzyılın başlarından itibaren söz konusudur. Özellikle zorunlu ihtiyaç niteliğindeki hizmetleri hukuki veya fiili tekel olarak sunan işletmelerin, tüketicilerle sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu uzun zamandır tartışılmaktadır. Hukukumuzda da bu durum 1970’li yıllardan itibaren Yargıtay kararlarına yansımaya başlamıştır. Ancak gerek Yargıtay kararlarında gerekse öğretideki tartışmalarda sözleşme yapma zorunluluğunun mutlak olarak kabul edilmesi yönünde bir görüş söz konusu değildir. Nitekim sözleşme yapma zorunluluğunu mutlak olarak kabul etmek, tüketici lehine sağlanmaya çalışılan menfaatler dengesinde, satıcı veya sağlayıcı aleyhine bir orantısızlık meydana getirecektir. Bu doğrultuda TKHK ve abonelik sözleşmelerini konu edinen diğer özel kanunlarda sözleşme yapma zorunluluğunun mutlak olarak kabul edilmediği ve genel olarak ifade edilecek olursa, sözleşme yapmaktan kaçınmak için haklı bir sebebin arandığını belirtmek gerekir.

⁵³ Aslan ise, TKHK m. 52/II hükmünün yazılı şekil şartını öngördüğü şekilde anlaşılmasında gerektiğini ifade etmiş, mesafeli sözleşmelerin yazılılık unsuru taşımadıkları hallerde de geçerli olacağını ifade etmiştir. Kanımızca bu ifade ile bizim ulaştığımız sonuç arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Nitekim Aslan’ın ifadesinden de mesafeli sözleşmeler dışındaki sözleşmelerin yazılı olması gerektiği ve bunun geçerlilik şartı olduğu sonucu çıkmaktadır. Bkz. Aslan, a.g.e., s. 602-603.



Tüketicilerle yapılan abonelik sözleşmelerini konu edinen kanunlar incelendiğinde, sözleşme özgürlüğünü diğer yönleriyle sınırlayan hükümlerin de bulunduğu görülmektedir. Bu anlamda EHK m. 47 ile, elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri bakımından, satıcı veya sağlayıcının tüketicilere eşit koşullarda ve ayırım gözetmeden hizmet sunması öngörülmektedir. Dolayısıyla satıcı veya sağlayıcının sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü, eşitlik ilkesiyle sınırlandırılmıştır.

Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü, TKHK m. 5'te düzenlenen haksız şartlar ile sınırlandırılmıştır. Bu hüküm gereğince, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları kesin olarak hükümsüzdür. Bu düzenleme ile Kanun sözleşmenin zayıf tarafı olarak nitelendirilen tüketiciyi korurken, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne de müdahale etmektedir.

Abonelik sözleşmelerinde sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne diğer bir müdahale şekli ise, tekel niteliğinde hizmet sunan işletmelerin talep edeceği abonelik bedellerine ilişkindir. Özellikle doğal gaz ve elektrik aboneliklerini konu edinen yasal düzenlemelerde, abonelik bedellerinin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından belirleneceği ya da Kurulca onaylanacağı hüküm altına alınmıştır (DPK m. 11 ve EPK m. 17).

Sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü bakımından, özellikle Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği önem taşımaktadır. Bu Yönetmelikte sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğünü sınırlayan değil, bu özgürlüğü tüketici lehine güvence altına almaya çalışan hükümler öngörülmektedir. Hatta bu durumun tesisi için, bazı durumlarda satıcı veya sağlayıcıya yükümlülükler yüklenmiştir (Yönetmelik m. 22/IV).

Son olarak şekil özgürlüğü üzerinde durmak gerekir. TKHK m. 52/II'de abonelik sözleşmeleri bakımından yazılı şekil geçerlilik şartı olarak öngörülmektedir. Ancak mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmeleri bakımından bu şart aranmamış, bu şekilde kurulan sözleşmelerin bir nüshasının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunlu tutulmuştur.

KAYNAKÇA

- Altan, Alparslan, “Enerji Sağlama Sözleşmeleri Bakımından Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Yapma Zorunluluğu İlkelerinin Uygulanması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2004, S. 4.
- Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Aslan, İ. Yılmaz, *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 5. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, 2015.
- Aydoğdu, Murat, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Ayrancı, Hasan, “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, S. 53.
- Çabri, Sezer, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Dalka Okumuş, Şüheda, *Elektrik - Doğal Gaz Piyasaları Abonelik Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerde Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Denetimi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Ertaş, Şeref, “Yeni Tüketiciyi Koruma Kanununda Abonman Sözleşmeleri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2014, C. 9, S. 99.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.
- İnan, Ali Naim, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.
- İnceoğlu, Mehmet Murat, “Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu açıdan Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan*, 2000.
- Karakocalı, Ahmet/ Ali Suphi Kurşun, *Tüketici Hukuku*, İstanbul, Aristo Yayınları, 2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.
- Koca, Güneş, *Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.
- Köse, Yasin, “Abonelik Sözleşmeleri”, *Adalet Dergisi*, 2011, S. 41.
- Kuntalp, Erden, *Ard Arda Teslimli Satım Akdi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.

- Oğuzman, M. Kemal/ M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1*, 17. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Ozanoğlu, Hasan, *Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1999.
- Özel, Çağlar, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019.
- Şahin, İrfan, *Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları*, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Şen Doğramacı, Hayriye, “Türk Borçlar Kanunu’nun 356. Maddesinin Değerlendirilmesi: Sözleşme Adaleti Mi? Sözleşme Özgürlüğü Mü?” *Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. II*, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2013.
- Öktem Çevik, Seda, “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Abonelik Sözleşmesi”, *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2015.
- Tandoğan, Haluk, *Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop/ Sermet Akman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Tunçomağ, Kenan, *Borçlar hukuku genel hükümler*, 6. Baskı, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah, “Tüketici Hukuku’nda Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Uygulaması”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 12, S. 2.
- Yıldız, Mustafa Göktürk, *Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi*, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2012.

www.kazanci.com

www.resmigazete.gov.tr

“Lex Sempronia Tiberiana”: Tiberius Gracchus’un Toprak Reformu ve Toplumsal Kökenleri^(*)

“Lex Sempronia Tiberiana”: The Agrarian Reform of Tiberius Gracchus and Its Social Foundations

Arş. Gör. **Ozan Giray ŞAHİN**^(**)

Öz

Adını Pleb Tribünü Tiberius Sempronius Gracchus’tan alan Lex Sempronia Tiberiana, Roma Cumhuriyeti’nin siyasi ve hukuki tarihinin en önemli olaylarından biridir. Lex Sempronia Tiberiana cumhuriyetin en ağır krizlerinden birini yaşadığı M.Ö. II. Yüzyıl’ın ikinci yarısının toplumsal koşullarının bir sonucudur. Latifundia sisteminin geliştiği, köylülerin kitleler halinde topraksız kaldığı, köle emeğinin kitlesel biçimde tüm üretim alanına hâkim olduğu, köle isyanlarının daha önce Roma’da görülmemiş boyutlara ulaştığı ve son raddede cumhuriyetin toplumsal yapısının vuku bulan değişiklikler sonucu ortaya çıkan yeni ilişkileri taşıyamadığı bir dönemde ortaya çıkan Lex Sempronia Tiberiana sadece bir reform programı olmanın ötesindedir. Toplumsal krizlerin yoğunlaştığı dönemler, hukuk üretimini de dönüştürmüş ve her toplum gibi Roma Cumhuriyeti de kendi krizine hukuk içinde çözüm arayan aktörler ortaya çıkarmıştır. Tiberius Sempronius Gracchus işte bu aktörlerden biridir. Fakat tarih sahnesine çıktığı dönemin toplumsal koşulları onu hiç bekleyemediği bir yere itecek ve Tiberius Sempronius Gracchus kendini pleblerin sözcüsü olarak bulacaktır. Pleblerin toplumsal talepleri ile bütünleşme ise Tiberius Sempronius Gracchus ile onun reform programını, benzer örneklerin çok ötesinde yere yerleştirecektir.

Anahtar Kelimeler

Ager Publicus, Lex Sempronia Tiberiana, Tiberius Gracchus, Toprak Reformu, Köleci Üretim Tarzı.

Abstract

Lex Sempronia Tiberiana: The agrarian reform act that is named after the Tribune of Plebs-Tiberius Sempronius Gracchus is one of the milestones of the political and judicial history of the Roman Republic. Lex Sempronia Tiberiana refers to an outcome of the crisis of Second Century B.C. which is one of the most severe social crises of the Roman Republic. The periods when the social crises intensify; transforms the production of law and like every society the Roman Republic gave birth to the actors who are looking for a solution to the crisis of their society. Tiberius Sempronius Gracchus is one of these actors. The social conditions of the era that he has been

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 02.09.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 02.09.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 09.09.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 02.09.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 08.09.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: ozangiraysahin@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-9221-676X>.

introducing himself to the history will position him as the political leader and spokesman of the plebs which maybe he has never intended to. Thus unification with the plebs will put Tiberius Sempronius Gracchus and his reforms to the position of historical importance far beyond than the similar actors and attempts.

Keywords

Ager Publicus, Lex Sempronia Tiberiana, Tiberius Gracchus, Agrarian Reform, Slave Mode of Production.

1. GİRİŞ

Roma Tarihi bu gün kullandığımız hukuk kurumlarının pek çoğunun erken örneklerini içermesi açısından modern hukuk tarihinin en belirleyici dönemlerinden biridir. Roma Tarihi'nin hukuk tarihimize etkisi ise kendisini en yoğun biçimde Roma Hukuku disiplini göstermektedir. Roma Hukuku disiplini içerisinde Roma Hukuku'nun kurumlarına yönelik çokça araştırma yapılmakta ve Roma hukuk kurumları ile günümüzde kullandığımız hukuk kurumları arasındaki ilişkiler irdelenmektedir. Fakat söz konusu incelemeler büyük ölçüde pozitif hukuka, özellikle de özel hukuka özgülenmiştir. Hukuk sistemimizin kurgulanışı göz önüne alındığında bu elbette ki beklenebilir bir durumdur. Ama yine de söz konusu tercihin bir sonucu olarak Roma Hukuku'nun tarihsel ve toplumsal niteliği görece daha az ilgi çeken bir alan olarak görünmektedir. Oysa hukuk basitçe insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen bir norm seti değil, toplumsal bir olgudur. Dolayısıyla hukuk sistemleri, ideolojileri ve normları toplumsal-tarihsel kökenleri ile birlikte açıklanmak durumundadır.

Elinizdeki çalışma, yukarıda altı çizilen gereklilik üzerine Roma hukuk tarihinin en önemli düzenlemelerinden biri olan Pleb Tribünü Tiberius Sempronius Gracchus'un toprak reformu programını yani *Lex Sempronia Tiberiana*'yı sadece bir norm seti olarak değil, tarihsel bir olgu olarak ele almayı amaçlamaktadır. M.Ö. II. Yüzyıl'ın ikinci yarısında karşımıza çıkan *Lex Sempronia Tiberiana*, Roma Cumhuriyeti'nin içinde bulunduğu tarihsel-toplumsal krize yönelik çözüm arayışlarının hukuk alanına tercüme edilmiş örneklerinden biridir. Bu bağlamda da teknik ve basit bir norm setinden çok daha fazlası olup; ortaya çıktığı dönemin toplumsal koşullarının hukuk alanındaki ifadelerinden birine denk düşmektedir.

M.Ö. II. Yüzyıl, Roma için cumhuriyetin Akdeniz Havzası'na yayılması, köylülerin topraksızlaşması, köleci ekonominin cumhuriyetin üretim tarzı içinde hâkim konuma gelmesi gibi; sonu Gaius Julius Caesar ve ilk imparator Augustus Octavianus ile bitecek uzun ve sancılı bir süreci tetikleyen toplumsal çelişkilerin doruğa ulaştığı bir dönemdir. Bahsi geçen dönem, hukuk alanında pek çok arayış ve keşfe ev sahipliği yapmıştır. Söz konusu keşiflerden biri olan *Lex Sempronia Tiberiana* da M.Ö. II. Yüzyıl'ın söz edilen toplumsal koşullarından

bağımsız değildir. Çalışma tam da bu gerekçeye dayanarak *Lex Sempronia Tiberiana*’yı M.Ö. II. Yüzyıl’ın toplumsal koşulları ve cumhuriyetin yaşadığı toplumsal kriz ile ilişkisi açısından ele almayı ve böylece *Lex Sempronia Tiberiana*’nın toplumsal karakterini ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Yukarıda bahsi geçen amaca ulaşabilmek için ilk kısımda M.Ö. II. Yüzyıl’da Roma Cumhuriyeti’nin içinde bulunduğu toplumsal durumun analizi yapılacaktır. Bu bağlamda cumhuriyetin genişlemesinin ekonomik ve siyasi sonuçları ve Roma Cumhuriyeti hakimiyeti altında yaşayan insanların söz konusu sonuçlara verdiği tepkiler incelenecektir. Söz konusu inceleme kapsamında öncelikle cumhuriyetin Akdeniz Havzası’na hâkim olmasının genel koşullarına değinilecek, bunu takiben ise Latifundia sisteminin M.Ö. II. Yüzyıl’daki gelişimi ve Söz konusu gelişim ile eş zamanlı gelişen köleci üretim tarzı ayrı başlıklar halinde ele alınacaktır.

M.Ö. II. Yüzyıl’da Roma Cumhuriyeti’nin genel durumunun ele alınmasını takip eden ikinci kısımda ise M.Ö. II. Yüzyıl’daki krize yönelik, Tiberius Sempronius Gracchus’un reform programını önceleyen diğer çözüm arayışlarına değinilecektir. Üçüncü kısımda ise Tiberius Sempronius Gracchus’un reform tasarısı, toplumsal kökenlerine yapılan geri dönüşlerle ele alınacak, reformun amacı, içeriği, ortaya çıkış süreci, reforma karşı yükselen tepkiler ve reformların uygulanma süreci incelenecektir. Son kısımda ise Tiberius Sempronius Gracchus’un reform girişimlerinin toplumsal karakterinin tahlili yapılacak ve böylece *Lex Sempronia Tiberiana* ve mimarı Tiberius Sempronius Gracchus’un Roma toplumsal tarihinde tam olarak nerede durduğu tahlil edilmeye çalışılacaktır.

2. M.Ö. II. YÜZYIL’DA ROMA CUMHURİYETİ’NİN İKTİSADİ, TOPLUMSAL VE SİYASİ DURUMU

Roma Cumhuriyeti Kartaca Savaşlarının¹ ardından Batı Akdeniz’deki en büyük rakibini tasfiye etmiştir. Anılan süreci takiben ise Yunanistan, Makedon-

¹ Kartacalılar ile yapılan Birinci Pön Savaşı (M.Ö. 264-241), İkinci Pön Savaşı (M.Ö. 218-202) ve Üçüncü Pön Savaşı (M.Ö. 149-146) Roma’nın Batı Akdeniz’deki en büyük rakibi olan Kartaca ticaret imparatorluğunu ortadan kaldırarak Batı Akdeniz Havzası’nın tek hâkimi olması ile sonuçlanmıştır. Bkz. Adrian Goldsworthy, *The Fall of Carthage*, Londra, Phoenix, 2006, s.65-357; Allen M. Ward/Fritz M. Heichelheim/Cedric A. Yeo, *A History of The Roman People*, 6. Baskı, New York, Routledge, 2016, s.90-111; Halil Demircioğlu, *Roma Tarihi I. Cilt: Cumhuriyet*, 5. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 2011, s.209-269; John Briscoe, “The Second Punic War”, *The Cambridge Ancient History Second Edition Vol VIII Rome and the Mediterranean to 133 B.C.*, (Ed) A. E. Astin/F. W. Walbank F. B. A./ M. W. Frederiksen/ R. M. Ogilvie, 7. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, s.17-43; Susan Wise-Bauer, *Antik Dünya: İlk Kayıtlardan Roma’nın Dağılmasına*, (Çev) Mehmet Morali, 3. Baskı, İstanbul, Alfa, 2018, s.685-687; William H. McNeill, *History Handbook of Western Civilisation*, 5. Baskı, Chicago, University of Chicago Press, 1961, s.256-159.

ya, İspanya ve Suriye’de girdiği mücadelelerden² zaferlerle ayrılarak M.Ö. II. Yüzyıl’ın ortalarında Akdeniz Havzasının hâkim siyasi ve ekonomik gücü haline gelmiştir.³ Söz konusu fetihler sonucu oluşturulan yeni eyaletler, Roma Cumhuriyeti için önemli zenginlik kaynakları haline gelmişlerdir.⁴ Roma eyalet sistemi⁵ uyarınca ele geçirilen eyaletlerin tüm zenginlikleri Roma halkının ganimeti (*praedium populi Romani*) sayılmakta⁶ ve söz konusu zenginlikler Roma’ya ama özellikle de Romalı büyük toprak sahiplerine aktarılmaktadır.⁷ Ne var ki ele geçirilen zenginliğin Roma yurttaşları arasındaki bölüşümü; servete dayalı bir yapı içerisinde biçimlenen oligarşik sınıf egemenliğinin sınırları içerisinde gerçekleşmektedir.⁸

² Bkz. Demircioğlu, age., s.269-274, 279-420; McNeill, age., s.159-160; Neil Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, (Çev) Çağdaş Sümer, 1. Baskı, İstanbul, Yordam Kitap, 2015, s.120-131; R. M. Errington, “Rome and Greece to 205 B.C.”, *The Cambridge Ancient History Second Edition Vol VIII Rome and the Mediterranean to 133 B.C.*, (Ed) A. E. Astin/F. W. Walbank F. B. A./ M. W. Frederiksen/ R. M. Ogilvie, 7. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, s.85-106; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.112-128; William Vernon Harris, “Roman Expansion in the West”, *The Cambridge Ancient History Second Edition Vol VIII Rome and the Mediterranean to 133 B.C.*, (Ed) A. E. Astin/F. W. Walbank F. B. A./ M. W. Frederiksen/ R. M. Ogilvie, 7. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 107-142; Wise-Bauer, age., s.664-673.

³ Jean-Paul Morel, “The Transformation of Italy, 300-133 B.C. The Evidence of Archaeology”, *The Cambridge Ancient History Second Edition Vol VIII Rome and the Mediterranean to 133 B.C.*, (Ed) A. E. Astin/F. W. Walbank F. B. A./ M. W. Frederiksen/ R. M. Ogilvie, 7. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, s.493; Sabahat Altan, *Roma Tarihinin Ana Hatları*, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 2014., s.123; Theodor Mommsen, *The History of Rome Book III*, (Çev) William Purdie Dickson, Cambridge University Press, 2010, s.7; V. Diakov/S. Kovalev, *İlk Çağ Tarihi 2: Roma*, (Çev) Özdemir İnce, 3. Baskı, İstanbul, Yordam Kitap, 2015., s.96-971.

⁴ Claude Nicolet, *The World of Citizen in Republican Rome*, California, University of California Press, 1980, s.149; Duygu Özer Sarıtaş, *Cumhuriyet Dönemi Roma Vergi Sistemi*, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2012, s.6-11; Moses I. Finley, *Antik Çağ Ekonomisi*, (Çev) Hatice Palaz Erdemir, İstanbul, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, 2007, s.189-190.

⁵ Roma Cumhuriyeti’nin genişleme evresinde ele geçirilen bölgeler ilk aşamada Roma sisteminin üzerine bina edildiği klan (*Tribus*) sistemine göre bölümlendirilmektedir. Ele geçirilen topraklar *ager publicus*’a dönüştürülmekte ve burada yaşayanlarda yurttaşlık hakkı kazanarak bir *tribus* içinde örgütlenmektedirler. Devletin İtalya yarımadasının sınırları dışına yayılması ile birlikte anılan sisteme eyalet (*Provincia*) idaresi altında yeni bir yapısal biçim daha katılmıştır. MÖ 133 senesinde gelindiğinde Roma Cumhuriyeti hakimiyeti altında 7 adet Provincia bulunmaktadır. *Provincia Sicilia*, *Provincia Sardinia-Corsica*, *Provincia Hispania Citerior*, *Provincia Hispania Ulterior*, *Provincia Africa*, *Provincia Macedonia* ve *Provincia Asia* olarak sayılabilecek olan bu eyaletler zamanla Roma’nın en önemli vergi kaynaklarından birine dönüşümleridir. Hukuki statüleri bir *Lex Provincia* tarafından belirlenen eyaletler Roma ordularınca desteklenen yöneticiler tarafından yönetilmektedirler. Söz konusu eyaletlerin vergileri ise bu iş için özel olarak görevlendirilmiş memurlar olan *Publicani* tarafından yapılmaktadır. Altan, age., s.119-122; David Johnston, *Roman Law in Context*, 2. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, s.9-11; Özer-Sarıtaş, age., s.6-10.

⁶ Diakov/Kovalev, age., s.96.

⁷ Diakov/Kovalev, age., s.96; Finley, age., s.190; Geoffrey Ernest Maurice de Ste. Croix, *Antik Yunan Dünyasında Sınıf Mücadelesi*, (Çev) Çağdaş Sümer, 1. Baskı, İstanbul, Yordam Kitap, 2014, s.423; Luigi Capogrossi Colognesi, *Law and Power in the Making of The Roman Commonwealth*, (Çev) Laura Kopp, 1. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, 2014., s.161.

⁸ Ellen Meiskins-Wood, *Yurttaşlardan Lordlara: Eskiçağdan Ortaçağa Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi*, (Çev) Oya Köymen, 2. Baskı, İstanbul, Yordam Kitap, 2013., s.130.

Cumhuriyet, erken dönemlerinde patricilerin⁹ mutlak egemenliği altındadır.¹⁰ Toplumsal-siyasal pozisyonları Roma’nın üzerine kurulduğu klan sisteminden ve klan sistemi içinde gelişen geleneksel hukukunun sağladığı olanaklarla siyasal sistem içinde somut biçimler edinmiş olan¹¹ patriciler, uzun yıllar boyunca yönetici sınıf olarak kalmışlar ve plebleri mutlak sayılabilecek bir biçimde yönetmişlerdir. Fakat söz konusu aristokratik sınıf egemenliği özellikle M.Ö. V. Yüzyıl’dan itibaren pleblerin yürüttükleri mücadeleler sonucunda bir nebze de olsa gevşetilebilmiştir.¹² Tabakalar mücadelesinin¹³ sonunda Roma Cumhuriyeti aristokratlar dışındaki yurttaşların da toplumsal taleplerini devlet aygıtına taşınmaları için tasarlanmış, *Senatus*’un¹⁴ ve *Senatus mensuplarının*

⁹ Roma’nın asillerine verilen isimdir. Romalı asiller sınıfı *populus*’u oluşturan *curia*’ların önde gelen *paterlerinden* müteşekkildir. Rivayetlere göre patricilerin, ortaya çıkışı Romulus zamanına dayanmaktadır. Romulus, kamu meselelerini incelemek için Roma’yı oluşturan klanlardan yani *curiae*’den 100 *pater* seçmiştir ve bunlar *patricileri* oluşturmuşlardır. Ioannes Lydos, *Romalıların Devleti’nin Makamları Hakkına I. Cilt*, (Çev) Fatih Onur, 1. Baskı, İstanbul, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, 2013, s.31. Theodor Mommsen, *The History of Rome Vol I*, (Çev) William Purdy Dickson, New York, Cambridge University Press, 2009, s.66.

¹⁰ George Mousourakis, *A Legal History of Rome*, 1. Baskı, New York, Routledge, 2007, s.8; Mommsen, *The History of Rome Vol I*, s.267; Perry Anderson, *Antikiteden Feodalizme Geçişler*, (Çev) Uygur Kocabaşoğlu, 1. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, s.64.

¹¹ Bkz. Mommsen, *The History of Rome Vol I*, s.65 vd.

¹² Bihterin Dinçkol, “Atina Demokrasısından Roma Cumhuriyetine-’Demos’tan ‘Populus Romanus’a”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Bülent Tahiröğlü’na Armağan*, 2017, C.23, S.3, s.758-759; Ste. Croix, age., s.424-425.

¹³ Bu dönem patrici-pleb mücadeleleri ya da tabakalar çatışması olarak adlandırılmaktadır. M.Ö. 494’ten M.Ö. 287’ye kadar uzanan bu dönem, Roma Cumhuriyeti’nde mutlak bir hakimiyet kurmuş olan patriciler ile, patrici sınıfına dahil olmamakla beraber Roma yurttaşı olan plebler arasındaki iktidar mücadelelerini barındırmaktadır. Önderliğini patricilerin siyasi ayrıcalıklarına karşı mücadele eden zengin pleblerin yaptığı mücadeleler sonucunda *Tribunus Plebus*, *Concilia Plebis Tributa*, XII Levha Kanunları (*Lex duodecim Tabularum*) gibi kurum ve yapılar ortaya çıkmıştır. Tabakalar çatışması dönemi boyunca pleblerin yürüttükleri mücadeleler, Roma siyasal sistemi içinde taleplerini temsil ettirebilecekleri (*Tribunus Plebus*), Roma siyasal sistemine katılabilecekleri (*Concilia Plebis Tributa*, *Lex Hortensia*, *Leges Liciane Sextiae*) Patricilerin sınıf egemenliği karşısında kendilerine hukuki güvenlik sağlayacak olan (*XII Levha Kanunları*, *Leges Licinae-Sextiae*) ve *ager publicus* sorunu başta olmak üzere toprak mülkiyeti üzerindeki patrici hâkimiyetine karşı mülk edinebilmelerini ve mülkiyet haklarını koruyacak (*Lex Licinae-Sextiae*) çeşitli hukuk mekanizmalarının ortaya çıkması ile sonuçlanmıştır. Bkz. Colognesi, age., s.54-67; Finley, age., s.38; H. H. Scullard, *A History of The Roman World: 753 to 146 BC*, New York, Routledge, 2013, s.73-83; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.8, 24-26; Neil Faulkner, *Marksist Dünya Tarihi: Neandertallerden Neoliberallere*, (Çev) Tuncel Öncel, 1. Baskı, İstanbul, Yordam Kitap, 2014, s.70-72; Özcan Karadeniz, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri*, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976, s.8-10; Peter Astbury Brunt, *Social Conflicts in the Roman Republic*, 1. Baskı, Londra, Chatto and Windus, 1971, s.42-59; Ste. Croix, age., s.421-427; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.63-74; Ziya Umur, *Roma Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s.23-57.

¹⁴ *Senatus*, cumhuriyetin erken dönemlerinde yönetimin merkezidir. Daha sonraları ise *Comitia Centuriata* ve daha sonra da *Concilia Plebis Tributa*’nın yasama yetkisini haiz organlar olarak ortaya çıkmaları ve pleblerin de siyasal sisteme dahil olması ile birlikte hukuken bir danışma organına dönüşmüştür. Fakat bu sadece görelî bir durumdur ve *Senatus* sistem üzerinde somut etkiler üretmeye devam etmiştir. Senatörler M.Ö. 443’e kadar *consul*’ler tarafından seçilirken

egemenliğinin Pleb Meclisi'nce¹⁵ (*Concilia Plebis Tributa*) sınırlandırıldığı hukuk kurum ve pratiklerinin gelişimine sahne olmuştur. Yalnız anılan dönüştürmeler de kendi toplumsal sınırlarına tabidir. Bu duruma örnek olarak magistrata aileleri gösterilebilir. Teorik bir perspektiften bakıldığında, her ne kadar her Roma yurttaşı magistratik pozisyonlarına seçilebilecek olsa da söz konusu po-

anılan tarihten sonra bu görev censorlar tarafından üstlenilmiştir. *Senatus Consultas* adı verilen danışma görüşleri doğrudan emir niteliği taşımasa da Roma siyasetine yön verme kabiliyetine sahiptir. M.Ö. II. Yüzyıl'a kadar reddedile n tek *Senatus* tavsiyesi M.Ö. 200 baharında Makedonya'ya savaş ilanındır ki kısa bir süre sonra bu vakada da *Senatus*'un görüşü kabul edilmiştir. Ayrıca *Senatus* eyaletlerin yönetimi gibi önemli etkileri elinde bulundurmaktadır. Bunların arasında yasalar üzerine ilk inceleme ve tartışmaları yapma yetkisi sayılabilir. Bir diğer önemli yetkileri de yüksek mahkeme görevini yürütmektir. Yine *Senatus*, savaşa ve barışa karar verme, antlaşmalar yapma, ordular kurma ve seferler düzenleme yetkisini de elinde bulundurmaktadır. Son ve en önemli yetki ise *Senatus*'un kamu hazinesi yani *Aerarium Populi Romani*'nin yönetimini elinde bulundurmasıdır. *Senatus*'un bu yetkisi onun magistralar üzerinde bir kontrol sahibi olması anlamına geldiği ölçüde danışma rolünün nasıl etkili bir yönetim rolüne dönüşebileceği de tahmin edilebilecektir. *Senatus*'un cumhuriyetin ilerleyen dönemdeki siyasi etkisi ise kaynağını üyelerinin sınıfsal kompozisyonunda bulmaktadır. En erken dönemlerde 300 kişiden oluşan *Senatus* üyeleri (*Princeps Senatus*) Roma'yı oluşturan Genslerin şeflerine karşılık gelmektedir. Romalı asillerin etkisi dağılıp sistem merkezinde zenginliğin olduğu bir pleb-patrici oligarşisine evrildiğinde ise *Senatus* büyük ölçüde Roma'nın en zengin üyelerinin temsil edildiği bir organ biçimini almıştır. Özellikle MÖ IV. Yüzyıl'ın sonlarına doğru yasalaşan *Lex Ovinia de Senatus Lectione*'nin *Senatus* üyelerini seçen censorlara bu üyeleri önde gelen ve saygıdeğer yurttaşlardan seçmelerini buyuran hükümleri *Senatus*'un Roma'nın zenginlerinin mensubu olduğu bir yapı olmasını garanti altına almıştır. Bkz. A. E. Astin, "Roman Government And Politics", *The Cambridge Ancient History Second Edition Vol VIII Rome and the Mediterranean to 133 B.C.*, (Ed) A. E. Astin/F. W. Walbank F. B. A./ M. W. Frederiksen/ R. M. Ogilvie, 7. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, s.165-166; A. H. M. Jones, "The Aerarium and the Fiscus", *The Journal of Roman Studies*, 1950, C.40, s.22; Andrew M. Riggsby, *Roman Law and the Legal World of the Romans*, 1. Baskı, New York, Cambridge University Press, 2010, s.15; Colognesi, age., s.81-84; Dinçkol, agm., s.761; Eşref Küçük, "Eski Roma'da Cumhuriyet Dönemi Halk Meclisleri ve Yasa Yapım Süreçleri", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C.7, S.1, s.203-204; Friedrich Engels, *Aile Devlet ve Özel Mülkiyetin Kökeni*, (Çev) Kenan Somer, 18. Baskı, Ankara, Sol Yayınları, 2017, s.149; Fritz Schulz, *Principles of Roman Law*, (Çev) Marguerite Wolff, 1. Baskı, Oxford, Clarendon Press, 1934, s.178; H. Cahit Oğuzoğlu, *Roma Hukuku*, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1959, s.22-23; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.10-11; Olga Tellegen-Couperus, *A Short History of Roman Law*, New York, Routledge, 2003, s.12-13, 38-39; Özer-Sarıtaş, age., s.23, 31-36.

¹⁵ *Concilia Plebis Tributa* adı verilen bu meclisler Roma'da yalnızca patricilerin katıldığı ve *curialar* esasına göre teşkil edilen *Comitia curiata* ve patrici ve pleblerin servet esasına dayanarak katıldıkları *Comitia Centuriata*'ların ardından Roma siyasal sistemine dahil olan ve pleblerin doğrudan katıldıkları, kararlarına ise *plebiscitum* adı verilen ve söz konusu kararları M.Ö. II. Yüzyıl'a geldiğinde Tüm Romalıları bağlayan meclistir. Yasa tasarılarının sadece magistralar tarafından önerilebildiği meclis, *tribuslar* esasına göre karar vermektedir. magistraların ise istedikleri zaman oylamayı durdurma ve tasarımı veto etme yetkileri mevcuttur. Appius Claudius'un reformları ile başlayan bir sürecin sonunda *tribuslara* dahil olmakla servet arasındaki ilişkinin ortadan kalkması nedeniyle, *tribuslar* esasında kurulan *Concilia Plebis Tributa* Roma'nın yoksul kitlelerinin temsil edildiği bir yapı olma özelliğini edinmiştir. Erken dönemde *Concilia Plebis Tributa*'nın kararları plebleri bağlar iken en geç M.Ö. 286 tarihli *Lex Hortensia* ile birlikte *Concilia Plebis Tributa*'nın kararları tüm Romalılar için bağlayıcı hale gelmiş ve *Concilia Plebis Tributa* yasama yetkisinin esas sahibi konumuna yükselmiştir. Anderson, age., s.65; Astin, "Roman Government And Politics", s.163-164; Gary Forsythe, *A Critical History of Early Rome: From Prehistory to the First Punic War*, Berkeley&Los Angeles, University of California Press, 2005, s.180; Küçük, agm., s.206; McNeill, age., s.153; Oğuzoğlu, age., s.23-24; Schulz, age., s.170-171; Tellegen-Couperus, age., s.14-16, 49; Umur, age., s.51-53.

zisyonlar sistemin yapısal özellikleri, magistraların işleri dolayısıyla bir ücret almamaları, magistralık pozisyonunun belirli bir serveti gerektiriyor olması ve benzeri nedenlerle belirli magistra ailelerinin tekelindedir.¹⁶ Söz konusu örnekten de anlaşılacağı üzere Roma Cumhuriyeti siyasal sistemi aristokratik ayrıcalıkları arka plana atan dönüşümler geçirmiş olsa da, sonuçta servetin merkezi rolü hiçbir zaman geri plana atılmamış¹⁷ ve aristokratik ayrıcalıkların yerini servete bağlı ayrıcalıklar almıştır.¹⁸

Aristokratik yapıdan oligarşik yapıya geçiş olarak tanımlanabilecek söz konusu dönüşüm yönetim erkini elinde bulunduran sınıfa dâhil olmanın artık soydan öte servete bağlı olması anlamına gelmektedir. Anılan dönüşüm ile birlikte yönetici sınıf, artık zengin pleblerin de içine girebildiği bir biçim edinmiştir.¹⁹ Bu bağlamda bahsi geçen dönüşümün servete dayalı ayrıcalıklar üzerine kurulması, sınıf egemenliğinin genel çerçevesinin, biçim değiştirerek de olsa koruması anlamına gelmektedir.²⁰ Yani patrici aristokrasisinin hâkimiyeti yerini servete dayalı olarak biçimlenmiş olan bir patrici-pleb oligarşisine bırakmıştır.²¹ *Ordo Senatorius* adı verilen, servet üzerinden biçimlenen bu yeni oligarşi, Senatus içinde ve Roma Cumhuriyeti’nin önemli yönetsel pozisyonlarında kümelenmiştir.

Roma Cumhuriyeti gerek hukuk sistemi gerekse de ideolojisiyle, servet ve mülkiyet üzerine kurulmuş bir yapıdır.²² Bu bağlamda da üzerine kurulduğu özel servetlerin büyümesi amacıyla teşkilatlandırılmış bir aygıt niteliği taşımaktadır.²³ Dolayısıyla Romalıların ama özellikle de Romalı büyük toprak sahiplerinin gözünde cumhuriyetin asıl işlevi, zenginliğin korunması ve birikmesine aracılık

¹⁶ Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.9-11; Schulz, age., s.169

¹⁷ Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.9; Schulz, age., s.169

¹⁸ Burada ayrıca M.Ö. 445 yılında *Lex Canuleia* ile patriciler ve plebler arasındaki evlilik yasağının kalkmasını de ele almak gerekmektedir. Evlilik yasağının kalkması ile birlikte patricilerin soya bağlı ayrıcalıkları zengin pleblerle de paylaşılmaya başlanmış ve zengin plebler de asiler sınıfına dahil olmaya başlayabilmişlerdir. Andrew Lewis, “Slavery, Family and Status”, *The Cambridge Companion to Roman Law*, (Ed) David Johnston, 1. Baskı, New York, Cambridge University Press, 2015, s.170; Finley, age., s.38; Gabba, “Rome and Italy in the Second Century B.C.”, *The Cambridge Ancient History Second Edition Vol VIII Rome and the Mediterranean to 133 B.C.*, (Ed) A. E. Astin/F. W. Walbank F. B. A./ M. W. Frederiksen/ R. M. Ogilvie, 7. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, 2006., s.205; Mommsen, *The History of Rome Vol I*, s.297; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.8-9; Ste. Croix, age., s.427.

¹⁹ Colognesi, age., s.108; Mommsen, *The History of Rome Vol I*, s.296 Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.135.

²⁰ Henri Denis, *Ekonomik Doktrinler Tarihi 1*, (Çev) Attila Tokatlı, 2. Baskı, İstanbul, Sosyal Yayınlar, 1982, s.63; Schulz, age., s.170.

²¹ Astin, “Roman Government And Politics”, s.168-172; Finley, age., s.38-39; Karadeniz, age., s.9, 13; Meiskins-Wood, age., s.131; Mommsen, *The History of Rome Vol I*, s.314; Mousourakis *A Legal History of Rome*, s.8, 41; Ste. Croix, age., s.427.

²² Meiskins-Wood, age., s.126; Schulz, age., s.146.

²³ Gabba, age., s.205; Meiskins-Wood, age., s.126.

etmektedir.²⁴ Roma siyasal sistemi ve hukuk ideolojisi de anılanlara paralel bir biçimde mülk sahibi sınıflara tanınan ayrıcalık ve istisnaların bir birlikteliğine denk düşmektedir.²⁵ Anlatılanlar ışığında Roma siyasal sistemi içindeki iktidar mücadelelerinin büyük bir kısmı, yönetici oligarşinin mensuplarının birbirlerine karşı üstünlük kurma mücadeleleri olarak yorumlanabilecektir.²⁶ Roma'da servet ve devlet arasında ikincinin birinciye tabi olduğu siyasal yapının yönetici sınıfa dahil olmayan kitleler üzerindeki etkisi ise; cumhuriyet zenginleştiçe yoksul yurttaşların siyasal sistem üzerindeki etkilerinin azalmasıdır.²⁷

Roma Cumhuriyeti'nin yapısal özellikleri doğrultusunda gelişen ideolojinin merkezinde birey, özel mülkiyet ve servetten oluşan bir yapısal ilişki bulunmaktadır.²⁸ Servetin kurucu rolü en açık biçimiyle Roma yurttaşlarının devlet aygıtı nezdindeki temsiliyetlerinde kendini göstermektedir. Bir Roma yurttaşının sahip olduğu servet sadece onun refah düzeyini değil, doğrudan doğruya devlet aygıtı içindeki pozisyonunu da belirlemektedir.²⁹ Devletin, özellikle aygıt içinde yükselmenin mutlak bir biçimde servete bağlı yapısı, devlet aygıtı ve hukuk sisteminin büyük toprak sahiplerinin çıkarları doğrultusunda biçimlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Hukuk ideolojisinin birey ve mülkiyet merkezli yapısı ise devletin özel mülkler üzerinde kamusal tasarruflarını Romalı büyük toprak sahipleri için kabul edilemez kılmaktadır.³⁰ Söz konusu ideolojik kurgu içerisinde biçimlenen Roma hukuk sistemi ise tam da bu nedenle, mülk sahibi kimselerin kendi aralarında yaşadıkları sorunları çözmekte yani özel hukuk alanında daha yoğun bir faaliyet göstermektedir.³¹ Özel mülkiyetin kamu yararına sınırlandırılması pratiklerini içeren hukuk düzenlemeleri ise toplumsal mücadelelerin yükseldiği ve söz konusu mücadelelerin kamu hukuku alanında sürekli ve yüksek tansiyonlu bir üretimle karşılandığı kriz dönemleri dışında hukuk alanında kendine yer bulamamaktadır.³²

²⁴ Meiskins-Wood, age., s.132-144; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.72; Schulz, age., s.151-153

²⁵ Riggsby, age., s.77; Ste. Croix, age., s.418.

²⁶ Astin, "Roman Government And Politics", s.168-169, 174-180; Faulkner, *Marksist Dünya Tarihi*, s.71; Finley, age., s.40; Meiskins-Wood, age., 126-127; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.73.

²⁷ A. H. M. Jones, "Taxation in Antiquity", A. H. M. Jones's *The Roman Economy: Studies in Ancient Economic and Administrative History*, (Ed), P. A. Brunt, Oxford, Blackwell, 1974, s.135; Meiskins-Wood, age., s.127.

²⁸ Meiskins-Wood, age., s.129; Schulz, age., s.146-150.

²⁹ Meiskins-Wood, age., s.134-135; Ste. Croix, age., s.415-417; Umur, age., s.49-50.

³⁰ Schulz, age., s.148-151.

³¹ Anderson, age., s.77; Schulz, age., s.34-35.

³² Callie Williamson, *The Laws of the Roman People: Public Law in the Expansion and Decline of the Roman Republic*, 4. Baskı, Ann Harbor, The University of Michigan Press, 2008, s.7; Finley, age., s.32; Ste. Croix, age., s.416-418.

Akdeniz Havzası’ndan temellük edilen zenginliğin Roma Cumhuriyeti’nde o dönemde hâkim olan oligarşik sınıf egemenliğinin sınırları içinde bölüşülmesi, Roma Cumhuriyeti Akdeniz Havzası’na yayıldıkça ve zenginleştikçe; Roma Cumhuriyeti dâhilindeki gelir eşitsizliklerinin de derinleşmesine, servetler arasındaki uçurumun Roma’nın kurum ve pratiklerini miras aldığı³³ Grek şehir devletlerinde görülmemiş bir düzeyde açılmasına yol açmıştır.³⁴ Devlet aygıtı üzerinde hâkimiyet kurmuş olan büyük toprak sahipleri, Roma Cumhuriyeti’nin Akdeniz Havzası’nda genişlemesinden, işletilecek yeni topraklar ve bu topraklarda çalıştırılacak köleler biçiminde yararlanmaktadırlar.³⁵

Cumhuriyetin genişlemesi sürecinde yurttaş köylüler (*assidui*) büyük kayıplara uğrar ve topraklarını kaybederken fetihlerin Roma’ya yığıldığı köle kitleleri ve boşalan küçük çiftliklerin toprakları ile beslenen büyük çiftlikler Romalı büyük toprak sahiplerinin başlıca yatırım alanı haline gelmiştir.³⁶ Büyük toprak sahipleri, cumhuriyetin genişlemesine paralel bir biçimde zenginleşmeye devam ederken, Roma’nın kurucu unsurlarından olan küçük çiftçiler yavaşça toplumsal alandan tasfiye olmaktadır.³⁷ Söz konusu tasfiye süreci ise Roma’nın fetihleri sonucunda elde edilen zenginliklerin ama özellikle de fetihler sonucunda ele geçirilen ve tüm Roma halkının toprağı sayılıp devlet mülkiyetinde olan *ager publicus*’un³⁸ Romalı büyük toprak sahiplerinin ellerinde toplanmasını,³⁹ yoksullaşan plebler için önemli bir sorun haline getirmiştir.⁴⁰ Anılan süreç M.Ö. II.

³³ Arthur M. Eckstein, *Mediterranean Anarchy: Interstate War and the Rise of Rome*, Berkeley&Los Angeles, University of California Press, 2006, s.120.

³⁴ Astin, “Roman Government And Politics”, s.187-188; Meiskins-Wood, age., s.128.

³⁵ Andrew Erskine, *Roman Imperialism*, Chippenham&Eastbourne, Edinburgh University Press, 2010, s.55; Appianus, *Appian’s Roman History*, (Çev) Horace White, Londra, The Loeb Classical Library, 1964, s.15; Finley, age., s.50; Herbert Heaton *Avrupa İktisat Tarihi*, (Çev) Mehmet Ali Kılıçbay/Osman Aydoğuş, 1. Baskı, Ankara, Paragraf Yayınevi, 2005, s.51; Israel Shatzman, “The Roman General’s Authority over Booty”, *Historia*, 1972, C.2, S.21, s.177-205; John W. Rich, “Tiberius Gracchus, Land and Manpower”, *Crises and the Roman Empire: Proceedings of the Seventh Workshop of the International Network Impact of Empire (Nijmegen, June 20-24, 2006)*, (Ed) Olivier Hekster/Gerda de Kleijn/ Daniëlle Sloopjes, Leiden, Brill, 2007, s.157.

³⁶ Scullard, age., s.308; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.129.

³⁷ Erskine, age., s.83; Karadeniz, age., s.11; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.43; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.77; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.129.

³⁸ Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953, s.357; Alan Watson, *The Law of Property in the later Roman Republic*, 1. Baskı, Oxford, Clarendon Press, 1968, 80 vd.; Finley, age., s.114; George Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law*, Berlin&Heidelberg, Springer Verlag, 2012, s.123; J. S. Richardson, “The Ownership of Roman Land: Tiberius Gracchus and the Italians”, *The Journal of Roman Studies*, 1980, C. 70, s.6.

³⁹ Colognesi, age., s.163; Evan T. Sage, “A Note on the Tribunate of Ti. Gracchus”, *The Classical Journal*, 1913, C.9, S.2, s.44.

⁴⁰ McNeill, age., s.160.

Yüzyıl'da Roma'nın köleci üretim tarzının en gelişmiş biçimini ortaya çıkarması ile sonuçlanacaktır.⁴¹ Bahsi geçen gelişmeler, siyasi sonuçlarını Önce Tiberius Sempronius Gracchus'un reform girişimlerinden Gaius Julius Caesar'ın yükselişine ve en nihayetine Augustus Octavianus'un ilk imparator olarak tahta çıkmasına uzanan bir çizgide gösterecek olan derin ve şiddetli bir yapısal kriz dalgasını harekete geçirmiştir.⁴²

A. Latifundiaların Gelişmesi

M.Ö. II. Yüzyıl'da cumhuriyetin genişlemesi, ele geçirilen eyaletlerden temellük edilen zenginliğin ve buna ek olarak ticaret yoluyla elde edilen birikimin giderek daha yoğun bir biçimde Romalı büyük toprak sahiplerinin elinde birikmesine yol açmıştır.⁴³ Zenginlikleri torağın köle emeği ile işlendiği⁴⁴ Latifundialara dayanan Romalı büyük toprak sahipleri, genişleyen cumhuriyetin kontrolü altına aldığı muazzam zenginlikleri sürekli olarak yeni toprakları mülklerine katmak için kullanmaktadırlar.⁴⁵ Dönemin ekonomisinin tarımsal üretime dayandığı⁴⁶ düşünüldüğünde biriken zenginliğin başka türlü değerlendirilmesi de mümkün görünmemektedir. Çünkü Antik Çağ'da toprak, zenginliğin ve statünün kaynağı olarak görülmekte ve bu bağlamda da elde edilen zenginliklerin yatırıma dönüştürülmesi noktasında toprak sahibi olmak tercih edilmektedir.⁴⁷ Söz konusu sürecin sonucunda ise Romalı büyük toprak sahipleri ile yurttaş çiftçiler arasındaki gelir uçurumu açılmaktadır. Gelir uçurumunun açılması ile birlikte büyük toprak sahipleri giderek siyasal sisteme hâkim olmaktadır. Anlatılanlar neticesinde ise pleblerin erken cumhuriyet dönemindeki *Leges Licinae-Sextiae*⁴⁸ gibi kazanımları yönetici oligarşi tarafından ilga edilmektedir.

⁴¹ Morel, age., s.494; Y. Zubritski/D. Mitropolski/V. Kerov, *İkel Topluluk, Köleci Toplum, Feodal Toplum*, (Çev) Sevim Belli, 16. Baskı, Ankara, Sol Yayınları, 2017., s.121.

⁴² Anderson, age., s.79; Colognesi, age., s.179-180; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.133; M. M. Henderson, "Tiberius Gracchus and the Failure of the Roman Republic", *A Journal of Social and Political Theory*, 1968, S.31, s.52; Meiskins-Wood, age., s.126-132; Sage, agm., s.52, Ste. Croix, age., s.443.

⁴³ Appianus, age., s.15; Faulkner, *Marksist Dünya Tarihi*, s.71; Zubritski/Mitropolski/Kerov, age., s.125.

⁴⁴ Bkz. Marcus Porcius Cato, "On Agriculture" *Marcus Porcius Cato: On Agriculture, Marcus Terentius Varro: On Agriculture*, (Çev) William Davis Hooper, (Ed) T. E. Page/E. Capps/W. H. D. Rouse, Londra, Loeb Classical Library, 1934; Marcus Terentius Varro, "on Agriculture", *Marcus Porcius Cato: On Agriculture, Marcus Terentius Varro: On Agriculture*, (Çev) William Davis Hooper, (Ed) T. E. Page/E. Capps/W. H. D. Rouse, Londra, Loeb Classical Library, 1934., s.225-231.

⁴⁵ Altan, age., s.122-123; Appianus, age., s.15; Diakov/Kovalev, age., s.102; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.136; Finley, age., s.190.

⁴⁶ Scullard, age., s.306.

⁴⁷ Colognesi, age., s.162; Finley, age., s.131; Karadeniz, age., s.11-12.

⁴⁸ Cumhuriyetin erken devirlerinde (M.Ö. IV. Yüzyıl) plebler ile patriciler arasında süren mücadeleler dahilinde ortaya çıkan bir dizi yasal düzenlemenin genel adıdır. M.Ö. 396 senesinde pleb tri-

Latifundialardan elde edilen zenginliğin büyüklüğü ise servetin somutlaştığı lüks alışkanlıklar ile büyük toprak sahiplerine ait lüks mülklerin yaygınlaşmasında kendisini göstermektedir.⁴⁹

M.Ö. II. Yüzyıl’da Akdeniz ticaret yollarında kurulan Roma hâkimiyeti ile birlikte Roma için Akdeniz pazarı ağzına kadar açılmış, deniz aşırı ticaret gelişmiştir.⁵⁰ Pazar için üretim giderek daha karlı bir iş haline gelirken para ekonomisinin genel ekonomi üzerindeki etkileri de belirgin hale gelmiştir.⁵¹ Akdeniz pazarı üzerinde kurulan hâkimiyet sonucunda Romalı büyük toprak sahiplerinin hâkimiyeti altındaki çiftlikler giderek pazara yönelik şarap, zeytinyağı ve tahıl üretimi ile hayvancılıkta uzmanlaşmışlardır. Bu çiftlikler, pleblerin küçük aile çiftliklerinin ekonomik sınırlılıklarını aşarak, kitlesel üretim yapan ve dönemin şartları içinde endüstriyel sayılabilecek tarım merkezleri haline gelmişlerdir.⁵² Ürünleri ise Akdeniz havzasının dört bir yanına Roma kontrolündeki ticaret yolları üzerinden taşınmaktadır. Bu dönüşüm, arkeolojik buluntular üzerinden de okunabilmektedir. M.Ö. II. ve I. Yüzyıl’a tarihlenen batıklarda karşımıza sürekli çıkan M.Ö. II. Yüzyıl Roma üretimi (*Dressel I* tarzı) şarap amphoraları

bünü seçilen G. Licinius Stolo ile Lucius Sextius Lateranus tarafından hazırlanan tasarımlar, M.Ö. 367 senesinde bir *plebiscitum* ile kabul edilmiştir. Hazırlayanların isimlerinden ötürü söz konusu düzenlemelere *Leges Licinae-Sextiae* denilmektedir. *Leges Licinae Sextiae* üç ana kısımdan oluşmaktadır. İlk kısım pleblerin borçlarına ilişkindir. *Leges*’e göre ödenmiş faizler borca sayılacak, geri kalan kısım ise üç senede düzenli ve eşit taksitlerle ve faizsiz olarak ödenecektir. İkinci kısımda Spurius Cassius’dan beri Roma için bir sorun olan toprak mülkiyeti meselesi ele alınmaktadır. *Leges*’e göre Roma yurttaşları *ager publicus*’tan 500 *iugeradan* fazlasını işleyemeyeceklerdir. Buna ek olarak devletin otlaklarında otlatılabilecek hayvan sayısı da 50 büyükbaş, 100 küçükbaş ile sınırlanmıştır. İkinci kısımda son olarak büyük çiftçilerden alınacak olan devlet arazilerinin pleblere kişi başına 7 *iugeralık* parseller halinde dağıtılması hükme bağlanmıştır. Anılan hükümleri gözetmek içinse çiftliklerde özgür yurttaşlar görevlendirilecekti. Üçüncü kısım ise pleblerin politik taleplerinin karşılanmasına ilişkindir. *Leges*’e göre consullük yetkilerine sahip olan askeri tribunluk makamı kaldırılmakta ve biri plebler tarafından seçilmek üzere iki konsüllü sisteme geri dönülmektedir. Ayrıca düzenlemeyle iki konsülden birinin pleb olması şartı getirilerek pleblere de consüllük yolu açılmıştır ki ilk pleb konsül de o yıl seçilecektir. Bkz. Appianus, age., s.17; Demircioğlu, age., s.161-162; Mommsen, *The History of Rome Vol I*, s.289-291, 304-306, 309-310; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.8-9; Oğuzoğlu, age., s.27; Richard Hönl, *Roma Hukuku (İndeksler)*, (Çev) Şemseddin Talip, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1939, s.22; Ste. Croix, age., s.426; Tellegen-Couperus, age., s.33, 41; Titus Livius, *Rome And Italy: Books VI-X of The History of Rome from its Foundation*, (Çev) Betty Radice, 1. Baskı, Londra, Penguin Books, 1982, s.82-83; Forsythe, age., 262-267; Wise-Bauer, age., s.609.

⁴⁹ Astin, “Roman Government And Politics”, s.187-188; Henderson, “Tiberius Gracchus and the Failure of the Roman Republic”, s.53; Morel, age., s.493, 495, 503-511; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.143-144. Ayrıca bkz. John Haughton D’Arms, *Romans on the Bay of Naples. A Social and Cultural Study of the Villas and Their Owners From 150 B.C. to A.D. 400*, Cambridge/Massachusetts, Harvard University Press, 1970.

⁵⁰ Scullard, age., s.316; Tellegen-Couperus, age., s.36-37.

⁵¹ Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.41; Scullard, age., s.308-309, 319-321; Tellegen-Couperus, age., s.37; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.132.

⁵² Bkz. Cato, age., s.5-6; Morel, age., s.498; Varro, age., s.189.

ya da zeytinyağı taşımakta kullanılan amphoralar gibi taşıma-depolama aygıtlarına ilişkin buluntuların çokluğu bize Akdeniz Havzası'nda, merkezinde Roma'nın olduğu yoğun bir meta mübadelesinin dolayısıyla da böyle yoğun bir mübadeleyi destekleyebilecek uzmanlaşmış-kitleselleşmiş üretici pratiklerin olduğunu göstermektedir.⁵³ Gerçekten de anılan dönemde Roma, Delos ve Yunanistan'a yoğun bir biçimde şarap ve zeytinyağı ihraç etmektedir.⁵⁴

Pazar için tarımsal üretimin yaygınlaşması ile birlikte verimli tarım arazileri Roma'nın zengin yurttaşlarının ilgisini giderek daha fazla çekmeye başlamıştır.⁵⁵ Verimli tarım arazilerine yönelik artan bu ilginin altında hem toprağın ve kölelerin Romalılar için bir statü göstergesi olması hem de ticaret yolları üzerinde kurulan hâkimiyet nedeniyle bu topraklarda değişim değeri için yapılan üretimin son derece karlı hale gelmesi yatmaktadır.⁵⁶ M.Ö. II. Yüzyıl'da Roma'nın Akdeniz ticaret yolları üzerinde artık kesinleşmiş olan hâkimiyeti, Roma ekonomisini yeniden biçimlendirecek ve üretim pazar ve ticaretin merkezinde olduğu bir formda yeniden örgütlenecektir.⁵⁷ M. Porcius Cato bu durumu "*Efendi'nin satın alma değil satma alışkanlığı olmalıdır*"⁵⁸ diye ifade etmektedir. Varro ise çiftçinin kar elde etmeyi amaçlaması gerektiğini vurgulamaktadır.⁵⁹ Dönüşümün sonucu ise kitlesel köle emeğine dayanan latifundiadır.⁶⁰

Latifundia, Romalı büyük toprak sahiplerinin hâkim oldukları topraklarda kurdukları büyük çiftliklerin adıdır. Güney Etruria, Kuzey Latium ve Campania bölgelerinde MÖ III. Yüzyıllara kadar tarihlenebilen⁶¹ bu çiftliklerin en önemli özellikleri büyük ölçüde köle emeğine dayanmaları ve ticarete yönelik bir üretim yapmalarıdır.⁶² Cumhuriyetin genişlemesi ile birlikte köylülerin topraklarından uzak kalması ve köle emeğinin kitlesel kullanımının yaygınlaşması toprak mülkiyetinin Romalı büyük toprak sahiplerinin elinde toplanması sürecini hızlandırdıkça latifundialar da gittikçe daha büyük alanları işgal etmeye ve daha fazla köle

⁵³ Morel, age., s.496-498; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.132.

⁵⁴ Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.132.

⁵⁵ Astin, "Roman Government And Politics", s.186.

⁵⁶ Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.136; Morel, age., s.496.

⁵⁷ Bkz. Cato, age., s.131-135; Colognesi, age., s.162; Scullard, age., s.309; Varro, age., s.161.

⁵⁸ Cato, age., s.9

⁵⁹ Varro, age., s.185-187.

⁶⁰ Karadeniz, age., s.10-12; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.43; Tellegen-Couperus, age., s.36.

⁶¹ Tellegen-Couperus, age., s.36; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.129.

⁶² Appianus, age., s.15; Diakov/Kovalev, age., s.103-104; Finley age., s.143-144; Morel, age., s.496.

emeği çekmeye başlamışlardır.⁶³ Özellikle Sicilia'daki bazı latifundialar öylesine büyümüşlerdir ki 4000 dekarlık araziler artık küçük sayılmaktadır.⁶⁴

Yukarıda anlatılanlara ek olarak büyük ölçüde atlılar sınıfına (*equites*)⁶⁵ mensup olan⁶⁶ (ama pek çok örnekte Senatus mensuplarının vekilleri, yaşama-ları, adamları olarak iş gören)⁶⁷ *Publicani*⁶⁸ da eyaletlerde gerçekleştirdikleri vergi tahsili faaliyetlerinin sonunda elde ettikleri servet ile kendi latifundialarını kurarak, latifundia sisteminin gelişmesi ve yayılmasını pekiştirmektedirler.⁶⁹ Cumhuriyetin genişlemesine paralel biçimde her geçen gün biraz daha büyüyen

⁶³ Heaton, age., s.51.

⁶⁴ Heaton, age., s.51.

⁶⁵ Equites sınıfı, ilk başlarda kamuya ait belirli sayıda ata sahip olan şövalyeleri (1800 yahut 2400 kişi) kapsamaktadır. Bunlar Roma ordularının atlı savaşçılar kitlesini meydana getirmeleri bağ-lamında her yurttaş askerin kendi silah ve donanımından sorumlu olduğu erken cumhuriyet dö-nemi askeri sınıf kurgusu içinde biçimlenmişlerdir. İlerleyen dönemlerde ise Equites'in ordunun örgütlenişi ile olan doğrudan ilişkisi yerini verili bir servet aralığı içinde yer alan geleneksel bir pozisyona bırakacaktır. Askeri örgütlenmenin değişmesi ile birlikte equites mensupları, Senatus üyelerine yasaklı olan kamu ihaleleri ve vergi tahsildarlığı gibi alanlara yönelerek büyük servet-ler edineceklerdir. Cumhuriyetin son dönemlerinde Equites Ordo'nun bazı mensupları; ki bunla-rın arasında Senatus mensuplarının, Senatus üyesi olamayan akrabaları da dahildir; Senatus mensupları kadar büyük servetlere sahiptirler. Dolayısıyla equites mensupları ile Senatus men-supları arasındaki servet ayrımı geç cumhuriyet döneminde giderek silikleşmiştir. Hatta pek çok noktada Equites mensupları geç cumhuriyetin temel yönetici kadrolarını oluşturmuşlardır. Equi-tes ve Senatus mensupları arasında silinen sınırlara ek olarak Büyük servetler edinen Equites mensuplarının sayılarının geç cumhuriyette önemli miktarda artması beraberinde Equites men-suplarının Senatus sınıfına geçişlerini de arttırmıştır. Farkların gittikçe silinmesi özellikle MÖ II. Yüzyıl'a geldiğinde equites mensupları ile Senatus mensupları arasındaki çelişkileri de şiddet-lendirecek ve bu çelişkiler kendilerini Gracchus kardeşlerin reform programlarında Senatus'un son yargı mercii olarak üstlendiği işlece Equites ordo mensuplarının dahil edilmek istenmesi bi-çiminde gösterecektir. Erich S. Gruen, *The Last Generation of Roman Republic*, Berkeley&Los Angeles, University of California Press, 1995, s.500; Finley, age., s.39; Karadeniz, age., s.15; M. I. Henderson, "The Establishment of Equester Ordo", *Journal of Roman Studies*, 1963, C.53, s.61-72; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.41; T. P. Wiseman, "The Definition of 'Eques Romanus' in the Late Republic and Early Empire", *Historia*, 1970, C.1, S.19.s.67-83; Tellegen-Couperus, age., s.34; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.137; Williamson, age., s.287-288.

⁶⁶ Karadeniz, age., s.14-15.

⁶⁷ Karadeniz, age., s.14.

⁶⁸ Publicanlar Roma'ya bağlı eyaletlerde vergi tahsil etmekle yetkilendirilmiş kimselerdir. Publican-lar *societates publicanorum* adı verilen yapılar altında örgütlenmektedirler. Publicanlar devlet ta-rafından düzenlenen açık ihaleler ile vergi toplama yetkisini *societates publicanorum*lar düze-yinde elde etmektedirler. *Societates Publicanorum*ların başında *Magister Societatis Publicano-rum* adı verilen ve verili bir bölgedeki vergi tahsili süreçlerini yöneten bir kimse bulunmaktadır. Bir publican öldüğünde ise varisleri publicanın yetkisini kullanmaya devam edebilmektedirler. Senatörler vergi tahsili işlerinden yasaklı oldukları için Publicani equites sınıfına mensup tacirler yahut zengin kimselerden seçilmektedir. Özellikle Kartaca savaşlarından sonra Roma yeni eya-letler ele geçirince publicanlık da giderek daha karlı bir meslek haline gelmiş ve Publicanlar bü-yük zenginlikler ve buna bağlı olarak Roma siyasi yaşamı üzerinde önemli etkiler elde etmişler-dir. Publicanlığın karlı statüsü ise Roma eyaletlerine Publicanlar altında ağır bir sömürü olarak dönmüştür. Berger, age., s.661; Finley, age., s.43; Karadeniz, age., s.14-15; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.41; Özer-Sarıtaş, age., s.104-114, 120-141; Tellegen-Couperus, age., s.37; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.137.

⁶⁹ Diakov/Kovalev, age., s.102.

latifundialar zaman içinde küçük toprak mülkiyeti sistemini tasfiye ederek⁷⁰ Roma ekonomisinin asli belirleyenleri haline geleceklerdir.⁷¹

Latifundiaların gelişmesinin tetiklediği dönüşüm dalgası o denli yoğun ve şiddetlidir ki; Pilinius, latifundialardan “*Latifundialar İtalya’yı mahvettiler*” diye bahsetmektedir.⁷² Elbette küçük köylünün topraklarından olması cumhuriyet için yeni bir olgu değildir. Cumhuriyetin genişlemesi sürecinde topraksızlaşan köylüler hem *ager publicus*’tan pay verilerek hem de kurulan yurttaş kolonilerinde toprak verilip iskân edilerek tatmin edilmişlerdir.⁷³ Böylece bir yandan toprak mülkiyeti büyük toprak maliklerinin merkezinde olduğu bir düzlemde birikirken; eş zamanlı olarak toprak mülkiyetinin yarattığı ve küçük çiftçi üzerinde somutlaşan çelişkiler massedilebilmiş/ertelenebilmiştir.⁷⁴ Hatta M.Ö. III. Yüzyıl’da topraklarını kaybeden Roma köylüleri için kurulan yurttaş kolonilerinde 50.000 kadar küçük çiftliğin yaratılmış olabileceği söylenmektedir.⁷⁵ Fakat M.Ö. II. Yüzyıl’ın ilk yarısına gelindiğinde söz konusu iskân ve yeniden topraklandırma politikaları da sona ermiştir.⁷⁶ Genişleyen cumhuriyetin ilhak ettiği⁷⁷ ve *ager publicus* olarak bölüştürülmesi beklenen topraklarda artık pleblerin iskân edildiği yurttaş kolonileri kurulmamakta, söz konusu topraklar Roma oligarşisinin mülklerine dâhil olmaktadır.⁷⁸ Roma’nın genişleme evresinde orduya katılan plebleri ödüllendirmek ve Latium başta olmak üzere İtalya’da çoktan başlamış olan toprak mülkiyetinin belirli ellerde birikmesi temayülünden etkilenen plebleri tekrardan sisteme ve üretim döngüsüne dâhil etmek için uyguladığı iskân politikalarının⁷⁹ M.Ö. II. Yüzyıl’da son bulması, pleblerin politikleşmesinde ve reform arayışlarının ortaya çıkmasında önemli bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁷⁰ Appianus, age., s.15-17; Karadeniz, age., s.10; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.42; Sage, agm., s.45; Scullard, age., s.309.

⁷¹ Erskine, age., s.83; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.136; Helena Fracchia, “Survey, Settlement and Land Use in Republican Italy”, *A Companion to the Archaeology of the Roman Republic*, (Ed) Jane DeRose Evans, 1. Baskı, Pondicherry, Wiley&Blackwel, 2013, s.193; McNeill, age., s.160-161; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.77; Morel, age., s.496.

⁷² Aktaran, Diakov/Kovalev, age., s.105.

⁷³ Appianus, age., s.15; Astin, “Roman Government And Politics”, s.187; Gabba, age., s.205-206; Karadeniz, age., s.19.

⁷⁴ Gabba, age., s.205; Karadeniz, age., s.19.

⁷⁵ Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.135; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.130.

⁷⁶ Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.135.

⁷⁷ Bkz. Eckstein, age., s.278; Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law*, s.123.

⁷⁸ Finley, age., s.115-116; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.83; Murat Aydoğdu, “Roma Hukukunda Toprak Sistemi ve Tarım Reformu Girişimleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Cevdet Yavuz’a Armağan*, 2016, C.22, S.3, s.376-377.

⁷⁹ Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.83.

Latifundia sisteminin gelişmesi ve pleblerin toplumsal mücadelelerinin yükselmesi arasındaki ilişkiyi analiz ederken ilk dikkat edilmesi gereken şey, Roma Cumhuriyeti'nin Akdeniz Havzası'ndaki genişlemesinin, fetih sürecinde ordunun temel asker kaynağı olan yurttaş köylüler üzerinde yarattığı baskıdır.⁸⁰ Roma Cumhuriyeti, Kartaca, İspanya, Makedonya ve Küçük Asya'da yürüttüğü fetih süreci boyunca yurttaş kitlesinden sürekli olarak artan bir biçimde nüfus çekmiştir.⁸¹ Çekilen nüfusun hatırı sayılır bir kısmı da küçük çiftliklerde geçimlik ekonomi ile iştigal eden Roma köylüsüne denk düşmektedir.⁸²

Roma ordularına yazılan yurttaşların bazen uzun yıllar süren seferlere katılmaları esnasında topraklarını işlemek ailelerine kalmaktadır. Her ne kadar sefere çıkan askerlere *stipendium*⁸³ adı altında bir ücret ödense de cumhuriyetin artan yurttaş-asker talebi, söz konusu aile çiftliklerinin varlıklarını sürdürmelerini çok zorlaştırmaktadır. Zaten küçük ölçekli üretim birimleri olan ve üretimleri, toprak üzerinde yaşayan ailenin geçimini zar zor sağlayan bu küçük birimler, üretici güçlerini sürekli kaybetmekte ve uzun süreler boyunca söz konusu üretici unsurlarından yoksun kalmaktadırlar.⁸⁴

Üretici unsurlardan uzun süreler boyunca yoksul kalan aile çiftlikleri, ailenin geçimini sağlamanın yanı sıra vergi borcu gibi zorlayıcı faktörler ile de karşıya kaldıkları durumlarda zengin toprak sahiplerine borçlanmak durumunda kalmaktadırlar.⁸⁵ Söz konusu aile çiftliklerinin üretici güçlerinin belirli ve önemli bir kısmından uzun süreli yoksunlukları sebebiyle alınan borçların

⁸⁰ Diakov/Kovalev, age., s.105; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.133; Karadeniz, age., s.10.

⁸¹ Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.135; Ste. Croix, age., s.424; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.130. Verilere göre cumhuriyetin son iki yüzyılında yetişkin erkek Romalıların %13'ü sürekli olarak ordularda görev yapmaktadır. Bkz. Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.135; K. Hopkins, *Conquerors and Slaves: Sociological Studies in Roman History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, s.30-33.

⁸² Finley, age., s.120-121; M. Crawford, "Money and Exchange in the Roman World", *Journal of Roman Studies*, 1970, C.60, s.43-45.

⁸³ Roma ordusunda askerlik yapan kimselere sefer boyunca topraklarından uzak kalmaları sebebiyle *stipendium* adı altında bir ücret ödenmektedir. Söz konusu uygulamanın başlangıcı M.Ö. 406-398 yılları arasındaki Veii kuşatması ile ilişkilendirilmektedir. *Stipendium* ilk başlarda kamu hazinesinden karşılanırsa da daha sonraları fethedilen ülkelerden tahsile edilecek ve böylece bir yandan askerlere yapılan bir ödeme diğer yandan da yenilenlere yönelik cezalandırıcı bir vergi pratiğine dönüşecektir. *Stipendium*'un bir diğer etkisi de daha önceleri herkes kendi teçhizatı ve masraflarından sorumlu olduğu için sürekli olarak savaşmak zorunda olan zengin yurttaşların yerinde daha fazla yoksul yurttaşın askere alınabilmesidir. Jonathan, P. Roth, *The Logistics of the Roman Army*, Leiden, Brill, 1999, s.224-226; Özer-Sarıtaş, age., s.78-80; Scullard, age., s.311 Titus Livius, *The Early History of Rome: Books I-V of History of Rome From its Foundations*, (Çev) Aubrey De Sélincourt, 3. Baskı, Londra, Penguin Books, 2002., s.360-361.

⁸⁴ Faulkner, *Marksist Dünya Tarihi*, s.73; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.135; Karadeniz, age., s.11;

⁸⁵ Karadeniz, age., s.10-11; Wise-Bauer, age., s.689.

ödenmesi çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Bunun sonucunda ise söz konusu topraklar ve bağlı üretim araçları üzerindeki hâkimiyet büyük toprak sahiplerine geçmektedir.⁸⁶ Ne var ki bu sadece ideal formdur. Pek çok örnekte, sefere giden erkeklerin aileleri gerek ekonomik gerekse de ekonomi-dışı faktörlere karşı savunmasız kalmaktadırlar. Savunmasız kalan çiftçiler ise büyük toprak sahipleri tarafından topraklarından çıkarılmaktadırlar. Yani dönüşüm, yukarıda bahsi geçen ideal formun dışında da gerçekleşmektedir.⁸⁷ Burada karşımıza özellikle *ager publicus* üzerindeki hâkimiyeti sınırlayan *Leges Licinia-Sextiae*'nin filen ilga edilmiş olması⁸⁸ olgusu çıkmaktadır.⁸⁹ Roma'nın köylüleri seferlere çıktıkça topraklarından olmakta, zaferleri ise kaybettikleri toprakları üzerinde kurulan latifundiaların ihtiyaç duyduğu köle kitleleri ve zenginlikleri sağlamaktadır.⁹⁰

Latifundiaların küçük toprak mülkiyeti aleyhine büyümesi ve yayılması sürecinde dikkate alınması gereken bir diğer unsur ise mülkiyetin belirli ellerde birikmesinin ekonomik sonuçları ve üretim ölçeklerinin değişmesine ilişkindir. Cumhuriyet'in genişlemesiyle servetin Romalı büyük toprak sahiplerinin elinde toplanması⁹¹ sonucunda latifundia sistemi gelişme ve yayılma temayülü içine girmiştir. Cumhuriyetin erken dönemlerinde baskın pratik setine denk düşen⁹² geçimlik tarım, yerini latifundiaların merkezinde olduğu, belirli metalarda uzmanlaşılabilir pazar için üretime bırakmıştır.⁹³ Çok büyük araziler üzerinde, cumhuriyetin fetihleri sonucu Roma'ya getirilen sayısız savaş esirinin köle olarak çalıştığı latifundialar küçük aile çiftliklerinin ekonomik olarak rekabet edemeyecekleri ekonomik ölçek düzeylerinde faaliyet göstermektedirler.⁹⁴

⁸⁶ Anderson, age., s.66; Aydoğdu, agm., s.377; Fracchia, age., s.194-195; Heaton, age., s.51; Jones, age., s.124; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.77; Meiskins-Wood, age., s.127; Plutarkhos, *Gracchus Kardeşler*, (Çev) Sema Sandalçı, 1. Baskı, İstanbul, Belge Yayınları, 2001, s.25; Rich, age., s.157-158; Sage, agm., s.45; Zubritski/Mitropolski/Kerov, age., s.125.

⁸⁷ Altan, age., s.18; Diakov/Kovalev, age., s.103; Plutarkhos, age., s.25.

⁸⁸ Appianus, age., s.17-19; Plutarkhos, age., s.25; Rich, age., s.157; Sage, agm., s.44-45. Finley, age., s.114-115; Henderson, "Tiberius Gracchus and the Failure of the Roman Republic", s.54; Rich, age., s.157.

⁸⁹ Appianus, age., s.15; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.84.

⁹⁰ Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.137-138; Hopkins, age., s.30; Morel, age., s.494.

⁹¹ Fracchia, age., s.194.

⁹² Scullard, age., s.307.

⁹³ Diakov/Kovalev, age., s.103-104; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.136; Gabba, age., s.204; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.77; Morel, age., s.495-496; Scullard, age., s.308; Zubritski/Mitropolski/Kerov, age., s.125.

⁹⁴ Altan, age., s.123; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.136.

Latifundialar ve küçük aile çiftlikleri arasındaki ekonomik farklar üç faktör bazında ele alınabilecektir. İlk temel fark büyük toprak sahiplerinin ellerinde biriken servetin niceliğine bağlı olarak; üretim sürecine küçük çiftliklerin imkânlarını aşan bir düzeyde yatırım yapılabilmesidir. Servetin nicel etkisi büyük toprak sahiplerine suya erişim gibi belirli alanlarda önemli bir avantaj sağlamaktadır.⁹⁵ İkinci temel fark ise küçük çiftliklerin büyük ölçüde aile üyelerinin emeğine dayanmasına rağmen latifundiaların kitlesel köle emeğine dayanmasıdır.⁹⁶ Köle emeğinin geçimlik ekonomiye dayanan küçük çiftliklerdeki aile üyelerinin emeğine nazaran çok daha düşük maliyetli olması (bu temelde kölenin bir mal olarak görülmesi ve aşırı bir sömürü düzeyinde çalışmasına dayanmaktadır)⁹⁷ en nihayetinde latifundiaların çok daha karlı⁹⁸ olması ile sonuçlanmaktadır.

Son faktör ise üretim ölçeklerinin etkisidir. Çok daha büyük topraklar üzerinde, çok daha ucuz olan köle emeği ile kitlesel üretim yapılan ve sahiplerinin elinde ciddi servetlerin biriktiği latifundialar, savaşlar, iklime dayalı değişiklikler yahut diğer risk faktörlerine karşı çok daha dirençlidirler.⁹⁹ Buna ek olarak gerek latifundialar gerekse de fethedilen ülkeler üzerinden pazara çok daha kitlesel ve çok daha ucuz mal sürülebilmektedir.¹⁰⁰ Örneğin, M.Ö. II. Yüzyıl’da latifundia ekonomisinin en gelişmiş örneklerine ev sahipliği yapan Sicilya, Roma’nın tahıl ambarı durumuna gelmiş ve yılda 36 milyon litre tutan bir miktarda Buğdayı Roma’ya yollamaya başlamıştır.¹⁰¹ Sicilya’dan gelen ve köle emeğine dayalı tahılın İtalyan köylüsünün ürettiği tahılı pazardan silmesi gibi örneklerde karşı karşıya kaldığımız üzere de küçük köylü, latifundiaların ölçekleri ile rekabet edememektedir.¹⁰² Latifundiaların ekonomik faaliyetlerinde ortaya çıkan kitlesel-uzmanlaşmış üretim pratikleri ve ölçeğin kendini dışavuruma biçimleri göz önüne alındığında Roma köylü sınıfının latifundialar karşısında tutunabilmesi mümkün görünmemektedir.¹⁰³ Anılan tüm bu faktörlere bağlı olarak sürekli emek gücü eksikliği ve borç batağı ile karşı karşıya kalan küçük çiftliklerin

⁹⁵ Finley, age., s.86.

⁹⁶ Gabba, age., s.204-205.

⁹⁷ Diakov/Kovalev, age., s.99-101.

⁹⁸ Verimli diyemiyoruz, çünkü köle emeğinin aşırı düşük maliyeti, verimliliği arttırıcı tekniklere yatırım yapılmasının önünde bir engel teşkil etmektedir. Anderson, age., s.30; Tellegen-Couperus, age., s.36.

⁹⁹ Finley, age., s.122; Karadeniz, age., s.11.

¹⁰⁰ Altan, age., s.125; Diakov/Kovalev, age., s.105; Karadeniz, age., s.11.

¹⁰¹ Heaton, age., s.50; John Paul Russo, “The Sicilian Latifundia”, *Italian Americana*, 1999, C.17, S.1., s.41; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.132.

¹⁰² Appianus, age., s.15; Heaton, age., s.50-51; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.84.

¹⁰³ Karadeniz, age., s.11; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.77.

latifundialar karşısında silinmesi¹⁰⁴ ve buna bağlı olarak Roma köylüsünün kitlesel bir biçimde, yaşamak için emeğinden başka bir şeyi kalmamış olan *proletarii*'ye¹⁰⁵ dönüşmesi kaçınılmazdır.¹⁰⁶

Latifundialar gelişirken yoksullaşan köylüler, yaşamlarını idame ettirebilmek adına büyük toprak sahiplerinin tarlalarında yanaşma/yarıcı olarak çalışmakta yahut gündelikçilik ile iştiğal etmektedirler. Fakat bunlar da içlerinde oldukları zor duruma çare olamamaktadır. Çünkü giderek gelişen kölecî üretim tarzı çerçevesinde, söz konusu çalışma alanlarında da çok daha ucuz olan ve askere çağrılma riski olmayan köle emeği tercih edilir hale gelmiştir.¹⁰⁷ Dolayısıyla M.Ö. III. Yüzyıl'ın başlarından itibaren, topraklarından olan köylüler kırsaldan kentlere doğru göç etmeye başlayacaktır.¹⁰⁸ Kırsalda yaşanan dönüşüm köylülerin topraklarını kaybetmelerine, küçük atölyelerin kapanmalarına neden olmaktadır. Böylece Roma kırsalı pazar için yapılan uzmanlaşmış üretimin merkezi haline gelirken diğer üretici pratikler de şehirlerde toplanacaktır.¹⁰⁹

Kentlere yığılan topraksız köylüler çağdaşları tarafından kent plebi (*plebis urbana*) olarak adlandırılacaktır.¹¹⁰ Fakat pek çok kalıcı iş kolunda köleler ve

¹⁰⁴ Fracchia, age., s.191.

¹⁰⁵ *Proletarii*, Roma' sınıf sistemi o dönemde sahip olunan servet üzerinden biçimlenmektedir. *Proletarii* ise servetleri Roma sınıf sistemine dahil olmalarına engel olan en alt tabakaya denk düşmekteydiler. Bu tabakanın en önemli özelliği yaşamak için emeğinden başka satacak hiçbir şeylerinin olmamasıdır. Demircioğlu, age., s.173; Engels, age., s.151-152; Karadeniz, age., s.15.

¹⁰⁶ Diakov/Kovalev, age., s.105-107; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.135; Karadeniz, age., s.15; Rich, age., s.158.

¹⁰⁷ Appianus, age., s.17; Astin, "Roman Government and Politics", s.186; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.77, 84; Scullard, age., s.317, 322; Tellegen-Couperus, age., s.36; Wise-Bauer, age., s.689.

¹⁰⁸ Mülksüzleşen köylülerin kitleler halinde kentlere göç etmesi ve buna bağlı olarak köylerin boşalması arkeolojik buluntular ile de doğrulanmaktadır. Güney etruria bölgesinde yapılan kazılarda cumhuriyet döneminde temel ölçüm-tartım aygıtı olarak nitelenen siyah perdahlı seramiklerin M.Ö. II. Yüzyıl'ın ikinci yarısına ait buluntuların MÖ III. Yüzyıl ve M.Ö. II. Yüzyıl'a tarihlenen buluntulara göre önemli derecede azalıyor olması anılan dönemde kırsaldaki nüfusun azaldığına dair bize bir bilgi vermektedir. Claire Holleran, "Migration and The Urban Economy of Rome", *Demography and the Graeco-Roman World: New Insights and Approaches*, (Ed) Claire Holleran/April Pudsey, 1. Baskı, New York, Cambridge University Press, 2011., s.158-161; Diakov/Kovalev, age., s.106; Fracchia, age., s.191; H. Patterson/H. di Giuseppe/R. Witcher, "Three South Etrurian "Crises": First results of the Tiber Valley Project", *Papers of the British School at Rome*, 2004, C.72., s.13-17; Hopkins, age., s.1-98; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.43; Rich, age., s.158-159; Sage, agm., s.45; Timothy W. Potter, *The Changing Landscape of South Etruria*, Londra, Elek, 1979, s.93-101, 120-137; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.135. Ayrıca bkz. Martin W. Frederiksen, "The contribution of archaeology to the agrarian problem in the Gracchan period", *Dialoghi di Archeologia*, 1970, C.1, S.4-5, s.330-357.

¹⁰⁹ Holleran, age., s.160; Karadeniz, age., s.12-13; Morel, age., s.494; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.132.

¹¹⁰ Diakov/Kovalev, age., s.106.

azatlıları¹¹¹ istihdam etme yönündeki teamül¹¹² yüzünden bu insanların hatırı sayılır bir kısmı (belirli bir zanaatta uzmanlaşanlar yine de imalathanelerde iş bulabiliyorlardı) yaşamlarını düşük ücretli, geçici işler ve sadaka ile idame ettirmek durumundadırlar.¹¹³ Anılan dönüşüm yoksullaşan köylüyü Mommsen’in deyiimiyle kölelerin sefaletini paylaştıkları bir noktaya itmiştir.¹¹⁴ Aynı dönüşümün bir diğer veçhesi de kırsal nüfusun kentlere akın etmesi sonucu en başta Roma olmak üzere kentlerin hem büyümesi hem de anılan büyümenin kentlerde biriken *proletarii*’nin sorunlarını Roma Cumhuriyeti’nin kalbine taşımasıdır. Bu sorunlar en basit düzlemde kamu sağlığı, barınma, kolluk ve iâşe meselelerine denk düşerken¹¹⁵ daha geniş bir perspektifte pleblerin politika üzerindeki etkilerinin artmasına, zengin Romalıların oligarşik yönetimine yönelik tepkilerin şiddetlenmesine ve cumhuriyetin üzerine oturduğu sistem ve ideolojinin krize girmesine denk düşmektedir.¹¹⁶ Plutarkhos durumu şöyle anlatmaktadır:

“Romalılar, komşu halklardan savaşla ne kadar toprak elde ettilerse, bunun bir kısmını satar, geri kalan toprağı da halka açık kılarak, hazineye az bir vergi ödemeleri koşuluyla topraksız ve yoksul vatandaşlara dağıtılmasını sağlardı. Fakat ne zaman ki, zenginler daha çok vergi vermeye ve yoksulları topraktan uzaklaştırmaya başladılar, kimsenin yarım dönüm topraktan daha fazlasına sahip olmasına izin vermeyen bir yasa oylamaya sunulmuştu. Sadece birkaç yıl içinde bu yasa, tamahkârlığı sınırlamış ve yoksulların ücretle tuttıkları (kiraladıkları) çiftliklerde kalanların ve toprağın baştan dağıtıldığı kişilerin

¹¹¹ Azatlılar (*Libertini*) azat edilme işlemiyle (*Manumissio*) özgürlüğüne kavuşmuş kimselerdir. Ne var ki söz konusu özgürlük teoride öyle gözükse de pratikte bir Roma yurttaşının özgürlüğüne denk düşmemektedir. Her şeyden önce azatlılar sadece Roma yurttaşlarına özgülenmiş olan oy kullanma ve kamu görevlisi olma gibi hak ve ayrıcalıklardan yoksundurlar. Buna ek olarak eski efendileri ile ilişkileri tam olarak sona ermemekte ve bir patronaj ilişkisine dönüşmektedir. Azatlıların efendilerine karşı olan yükümlülükleri köleliğin sona ermesinden sonra anılan patronaj statüsü içerisinde devam etmektedir. Bunlar arasında, efendiyi dava etme hakkının sınırlandırılması, saygı yükümlülüğü, efendi ile kölenin birbirlerine yardım yükümlülüğü, belirli hizmetleri verme yükümlülüğü ve efendinin azatlının mallarının (ortada bir mirasçı bulunmadığı durumlarda) mirasçısı olabilmesi sayılabilecektir. Ayrıca efendi azatlısını cezalandırma yetkisine de sahiptir. Bkz. Gülnihal Bozkurt, “Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1981, C.38, S.1, s.95; Johnston, age., s.44; Karadeniz, age., s.197-208; Lewis, age., s.156; Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law*, s.86-87; Schulz, age., s.231-232.

¹¹² Holleran, age., s.167-169; Karadeniz, age., s.15.

¹¹³ Diakov/Kovalev, age., s.106; Holleran, age., s.167-169; W. Scheidel, “A Model of Real Income Growth in Roman Italy”, *Historia*, 2007, C.3, S.56, s.336.

¹¹⁴ Holleran, age., s.169; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.84; Karadeniz, age., s.18.

¹¹⁵ Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.135.

¹¹⁶ A. E. Astin, *Scipio Aemilianus*, New York, Oxford University Press, 1967, s.201; Henderson, “Tiberius Gracchus and the Failure of the Roman Republic”, s.51; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.43; Diakov/Kovalev, age., s.114; Karadeniz, age., s.18; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.44; Plutarkhos, age., s.29; Zubritski/Mitropolski/Kerov, age., s.127.

yardımcısı olmuştu. Fakat daha sonraları zenginler, baskın gelip ve hilelerle kiraladıkları yerleri kendilerine devredilmesini sağlamışlardı. Sonuçta daha fazla mülke sahip olmak istedikleri aşikârdır. Topraktan uzaklaştırılan yoksullar, askeri seferlere gönüllü olarak katılıyor ama yine de çocuklarının beslenmesini sağlayamıyorlardı.”¹¹⁷

Büyüyen çelişkiler Roma’da plebler ve patriciler arasındaki sınıf mücadelesinin iyice yüzeye çıkmasına neden olacaktır. Mücadelenin odak noktası pleblerin, Roma’nın hükmettiği zenginliklerden, hakları olduğunu fakat kendilerinden esirgendiğini savundukları paylarını talep etmeleridir. Tam bu noktada bir parantez açmak gerekmektedir. Her ne kadar patricilere karşı eşitlik talep eden bir niteliği olsa da pleblerin mücadelesi, temelde Roma’nın üzerine kurulduğu köleci yapının dışında bir mücadele değildir. Kölecilik, plebler için de patriciler için olduğu kadar doğaldır. Bu bağlamda söz konusu mücadelenin merkezinde pleblerin patriciler ile eşit olma arzusu yatmakta olup, köleciliğe karşı herhangi bir karşı çıkıştan söz etmek mümkün değildir.¹¹⁸

Proletarii’nin sayısının her geçen gün artmasının bir diğer etkisi de Akdeniz Havzası’ndaki genişlemesine devam eden ve buna bağlı olarak sürekli yeni seferlere çıkan Roma ordularının asker kaynaklarının kurumaya başlamasıdır.¹¹⁹ Roma yasalarına göre çok büyük kriz anları (*Cannae* Sonrası gibi) hariç askerlik doğrudan doğruya servetle ilişkilidir. Ekonomik durumları askerlik yapmaya müsaade etmeyen *proletarii* ise askere alınmamaktadır.¹²⁰ Örneğin, yapılan bir sayıma göre M.Ö. 169-135 yılları arasında askerlik yapabilecek Roma yurttaşlarının sayısının 20.000 azaldığı kaydedilmiştir.¹²¹ Roma Cumhuriyetinin hala genişleme evresinde olduğunu hatırladığımızda askerlik yapabilecek nüfusun sürekli azalmasına yol açan yeni toprak rejiminin cumhuriyet için giderek ciddi bir sorun haline geldiğini söylemek mümkündür. Anılan dönemde bir yurttaşın Roma ordusunda asker olabilmek için sahip olması gereken mülkün miktarında ciddi bir indirime gidilmesi de bu sorunun göstergelerinden biridir.¹²²

¹¹⁷ Plutarkhos, age., s.25.

¹¹⁸ Finley, age., s.82-83.

¹¹⁹ Colognesi, age., s.182-183; Elio Lo Cascio, “Population and Demographic Studies”, *A Companion to the Archaeology of the Roman Republic*, (Ed) Jane DeRose Evans, 1. Baskı, Pondicherry, Wiley&Blackwel, 2013., s.160; Faulkner, *Marksist Dünya Tarihi*, s.73; Henderson, “Tiberius Gracchus and the Failure of the Roman Republic”, s.53; Karadeniz, age., s.18; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.42.

¹²⁰ Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.138; Finley, age., s.83.

¹²¹ Diakov/Kovalev, age., s.106.

¹²² Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.130.

Latifundiaların gelişiminin Roma askeri kapasitesinde yarattığı bu gerileme, latifundiaların gelişmesini sağlayan ve onları besleyen fetihleri tehlikeye sokmaktır. Roma oligarşisi de tam bu noktada topraksız köylüler probleminde ilgi göstermeye başlayacaktır.¹²³ Çünkü tasfiye olmakta olan yurttaş çiftçiler Roma ordusunun temel asker kaynağını oluşturmaktadırlar.¹²⁴ *Proletarii* büyüdükçe ortalama bir yurttaşın askerlik hizmetinde geçirdiği zaman uzamakta ve buna bağlı olarak çiftliklerinin yaşadığı ekonomik bunalım derinleşmektedir. Buna bir de söz konusu ortalama yurttaşların seferlerden elde ettikleri ganimetlerin beklentileri karşılamaması eklenince¹²⁵ plebler ile büyük toprak sahipleri arasındaki çelişkilerin ertelenmesi/massedilmesi giderek daha da zorlaşacaktır.¹²⁶

Anılan sürecin sonucunda, topraklarını kaybetmiş, kentlere yığılmış ve Roma sınıf sisteminde belirlenen servet miktarlarına bağlı sınıfların en alt kademesinde yer alan *proletarii*’den oluşan geniş bir kitle vücuda gelmiştir.¹²⁷ Topraklarından olan bu kitle her ne kadar mülksüzleşmiş ve yoksullaşmışsa da Roma yurttaşı olma statüsünü korumakta ve buna bağlı olarak sınıfsal taleplerini Roma devlet aygıtı içerisine taşıyabilmektedir. *Proletarii*’nin cumhuriyetin genişlemesi döneminde büyümesi olarak tarif edebileceğimiz bu dönüşüm, söz konusu mülksüz yurttaşların sınıfsal taleplerini pleb tribünlüğü¹²⁸ (*Tribunus Plebis*) makamı ve

¹²³ ; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.138; Richard Edwin Smith, *The Failure of the Roman Republic*, 1. Baskı, Cambridge, University Press, 1955, s.61-62; Colognesi, age., s.182.

¹²⁴ Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.138; Meiskins-Wood, age., s.127; Ste. Croix, age., s.424; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.154.

¹²⁵ Rich, age., s.161; John, W. Rich, “The supposed Roman manpower shortage of the later second century B.C.”, *Historia*, 1983, C.3. S.32, s.316-318.

¹²⁶ Rich, age., s.158.

¹²⁷ Altan, age., s.123; Zubritski/Mitropolski/Kerov, age., s.125.

¹²⁸ *Tribunus Plebis* ya da pleb tribünlüğü/yargıçlığı makamı erken cumhuriyetin politik karakterini belirleyen pleb-patricii mücadeleleri sonucunda ortaya çıkmıştır. Erken cumhuriyet döneminde devlet üzerinde patricilerin mutlak hâkimiyetine karşı yürütülen mücadelelerin en önemli sonuçlarından biri olan bu makamın ortaya çıkış sürecinde Roma’nın fetihlerle elde ettiği ve kamu mülkiyetinde olan arazilerin; yani *ager publicus*’un bölüşümünde patricilerin tekel niteliğinde ayrıcalıklar kullanmaları ve pleblerin asker olarak bizzat elde edilmesine katkıda buldukları topraklardan pay alamamaları ve benzeri nedenler önemli etkenlerdendir. Pleblerin patricilerin mutlak hâkimiyetlerine karşı yürüttükleri ve MÖ 494’teki *secessio plebis montem sanctum* gibi olaylarda doruk noktalarına ulaşan mücadeleler sonucunda plebler, kendilerinin seçecekleri ve onların menfaatlerini Roma Devlet aygıtı içinde temsil edecek olan bir makamı patricilere kabul ettirmişlerdir. Bu makam *Tribunus Plebis* makamıdır. İlk başta 2 olan sayıları zamanla beşe ve M.Ö. V. Yüzyıl civarlarında 10’a kadar çıkmıştır. M.Ö. II. Yüzyıl’ın sonuna *Tribunus Plebisler Concilia Plebis Tributa* tarafından seçilmekteydiler. Bu *Tribunus Plebis* makamının pleblere özgü bir magistrallık olduğunu bize göstermektedir. İlk başlarda *Tribunus Plebis*’ler sadece pleblerin menfaatleri ile ilgilenebilmekteydiler. Fakat M.Ö. III Yüzyıl’ın başlarında tüm Roma halkını temsil etmeye ve böylece tüm Roma halkının magistralları sayılmaya başlandılar. *Tribunus Plebisler*’in ellerindeki en önemli yetkileri yurttaşları diğer magistrallar karşı savunabilmeleri ve pleblerin menfaatlerini ihlal eden yasa tasarılarını veto edebilmeleriydi. Bunun dışında henüz *imperium* yetkisine sahip olmayan *Tribunus Plebisler* yasa önerisi de yapamamaktaydılar ayrıca veto yetkileri de Roma şehri ve onun 1000 adım çevresinde geçerliydi ve tüm bu görevlerini yerine geti-

Pleb Meclisi aracılığıyla Roma devlet aygıtı nezdinde temsil ettirmeleri ile sonuçlanacak bir sınıf mücadelesi dalgasını doğurmuştur.¹²⁹ Söz konusu sınıf mücadelesi dalgasının sonuçları ise kendisini pleb tribünlüğü makamına seçilecek olan Tiberius Sempronius Gracchus'un toprak reformunda gösterecektir.¹³⁰

B. Roma'da Köleci Üretim Tarzının Yetkinleşmesi

MÖ II. Yüzyıl'da cumhuriyetin toplumsal yapısında gerçekleşen dönüşüm sadece küçük köylülerin topraklarını kaybetmeleri ile sınırlı değildir. Buna ek olarak latifundialar, kendi yapısal özellikleri nedeniyle de Roma Cumhuriyeti'nin toplumsal yapısında önemli sonuçları olacak bir dizi değişimi tetiklemiştir. Söz konusu değişimlerin kökeninde ise latifundiaların kitlesel köle emeğine dayanan yapısı yatmaktadır.

Fetihlerin sağladığı büyük topraklar ve köle akışı Kitlesel köle emeği kullanan latifundia sisteminin gelişmesine neden olmuş¹³¹ ve üretim ilişkilerinde, köleciliğin yeni bir evresine geçiş ile sonuçlanacak olan bir dönüşümü harekete geçirmiştir.¹³² Bu bağlamda Roma Cumhuriyeti'nin genişlemesi sadece yeni toprakların elde edilmesinin ötesine geçmiş ve cumhuriyetin bağrında büyüyen köleci ekonomiyi besleyerek¹³³ M.Ö. II. Yüzyıl'da zirveye ulaşacak değişimin temeline yerleşmiştir. Kitlesel köle emeği kullanan latifundiaların yaygınlaşması ile birlikte köleci üretim tarzı, Roma Cumhuriyeti özelinde, daha önceki örneklerinde görülen sınırları aşmıştır. Böylece Roma ekonomisi merkezinde kölelerin emeklerini kullanan latifundiaların "hegemonik" unsur olarak bulunduğu bir evreye geçmiştir.¹³⁴

rirken dokunulmazlıktan (*sacrosancti*) da yararlanabiliyorlardı. Fakat *Tribunus Plebislerin* bu yetkileri plebler, mücadeleleri yoluyla kazanımlarını ve siyasal sistem içindeki etkilerini arttırdıkça değişecek ve zaman içinde *Tribunus Plebisler* tüm Romalılar üstünde etki sahibi olacaklar ve siyasal sistem içine *plebiscitum* isteme gibi yetkilerle önemli bir etki kazanacaklardı. MÖ II. Yüzyıl'ın sonunda ise *Tribunus Plebisler* doğrudan Senatus üyesi olacak ve hatta patricilere de pleb tribünü olma hakkı tanınacaktır. O noktadan sonra pleb tribünleri artık Comitia Tributa'da seçileceklerdir. Astin, *Scipio Aemilianus*, s.190; Ahmet Karakocalı, "MAGISTRATE: The Most Important Political Body of The Roman Republic", *Ankara Bar Review*, 2013, C.6, S.2, s.69-79; Altan, age., s.32; Appianus, age., s.3-5; Astin, "Roman Government And Politics", s.166; Forsythe, age., s.170-177; Mommsen, *The History of Rome Vol I*, s.279-281; Livius, *The Early History of Rome*, s.146-147; Lydos, age., s.73; McNeill, age., s.154; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.15; Ste. Croix, age., s.424-425; Tellegen-Couperus, age., s.14, 42; Umur, age., s.32-35.

¹²⁹ Altan, age., s.125.

¹³⁰ Karadeniz, age., s.19.

¹³¹ Erskine, age., s.83; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.134.

¹³² Morel, age., s.494-495.

¹³³ Erskine, age., s.44.

¹³⁴ Anderson, age., s.63; Diakov/Kovalev, age., s.99-101; Rich, age., s.158; Zubritski/Mitropolski/Kerov, age., s.121.

Köleci üretim tarzı elbette ki M.Ö. II. Yüzyıl’da ortaya çıkmış değildir.¹³⁵ Hatta Roma Cumhuriyeti ile ortaya çıktığını söylemek bile doğru olmayacaktır. Grek siteleri, Helenistik devletler ve Kartaca Ticaret İmparatorluğu da köleci üretim tarzı kapsamında değerlendirilebilecektir.¹³⁶ M.Ö. II. Yüzyıl’a gelindiğinde Roma Cumhuriyeti’nde köleci tarım zaten uzun yıllardır yaygın şekilde uygulanmaktadır.¹³⁷ MÖ II. Yüzyıl’da yaşanan gelişmeleri önemli kılan şey; köleci üretim tarzının yetkinleşmesi, köle kullanımının özellikle tarımda büyük ölçekli ve kitlesel boyutlara ulaşım¹³⁸ diğer üretici pratikleri ya tasfiye etmesi ya da kendi ekseninde düzenlemesidir.¹³⁹ Roma Cumhuriyeti’nin MÖ III. Yüzyıl’dan itibaren gerek siyasi gerekse de ekonomik olarak gelişmesi o döneme kadarki üretim tarzını belirleyen ve merkezinde şehir devletinin olduğu bir yapı içinde köle emeği ile küçük mülk sahibi çiftçilerin biraradalığına dayanan Grek köleciliği diyebileceğimiz modelin¹⁴⁰ aşılmasının koşullarını hazırlamıştır.¹⁴¹

Antik Çağ’da ve buna bağlı olarak Roma’da da köle, alınıp satılan, kiralan, değeri piyasa koşullarında belirlenen bir mal niteliğindedir.¹⁴² Roma’da köle, *instrumentum vocale*; yani konuşan alet olarak sınıflandırılmaktadır.¹⁴³ Kölenin mal niteliği onun yaşamı ve ailesi başta olmak üzere her türlü ilişki ve tasarrufunu efendinin insafına terk etmektedir.¹⁴⁴ Efendinin iradesi, bir mal ola-

¹³⁵ Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.78-79; Rich, age., s.160.

¹³⁶ Anderson, age., s.25; Zubritski/Mitropolski/Kerov, age., s.121-122.

¹³⁷ Tim J. Cornell, *The Beginnings of Rome: Italy and Rome From the Bronze Age to the Punic Wars, c.1000-263 BC*, Londra, Routledge, 1995, s.333, 393-394.

¹³⁸ Anderson, age., s.26; Erskine, age., s.85; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.78.

¹³⁹ Arthur Keaveney, *The Army in the Roman Revolution*, 1. Baskı, Oxon, Routledge, 2007, s.19; Nathan Steward Rosenstein, *Rome at War*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2004, s.223; Rich, age., s.160.

¹⁴⁰ Bu model Grek şehir devletlerinin yapısal sınırlılıkları içerisinde gelişmiştir. Büyük latifundialar kurulmasına imkan vermeyen Grek şehirlerinde köleci bir üretim tarzı mevcuttur. Fakat Latifundialar’da en gelişmiş örneğini gördüğümüz Roma köleciliğinde farklı olarak Grek köleciliğinde köle emeği tarımsal üretimde özgür yurttaş emeğini tasfiye edememiştir. Grek köleciliği bu bağlamda köleci üretim ile küçük köylü üretiminin bir arada yürüdüğü bir sistem olarak tanımlanabilecektir. Bkz. Anderson, age., s.25; Alaeddin Şenel, *Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üzerine*, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1970, s.265-280; Engels, age., s.117-140; Finley, age., s.81-82; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.77; Meiskins-Wood, age., s.41-63; Ste. Croix, age., s.150-227; Stefano Ferruci, “Yunanistan’da Ekonomi”, *Antik Yunan*, (Ed) Umberto Eco, (Çev) Leyla Tonguç Basmacı, 1. Baskı, İstanbul, Alfa, 2017, s.231-237; Zubritski/Mitropolski/Kerov, age., s.94-120.

¹⁴¹ Faulkner, *Marksist Dünya Tarihi*, s.73; Zubritski/Mitropolski/Kerov, age., s.124-127.

¹⁴² Bozkurt, agm., s.94; Finley, age., s.63; Hönl, age., s.132; Johnston, age., s.42; Lewis, age., s.152; Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law*, s.86; Oğuzoğlu age., s.57; Riggsby, age., s.101; Schulz, age., s.216; Wise-Bauer, age., s.688.

¹⁴³ Anderson, age., s.28.

¹⁴⁴ Bozkurt, agm., s.93-94; Gaius, *Institutiones*, (Çev) Edward Poste, Oxford, Clarendon Press, 1904, s.36; Oğuzoğlu, age., s.57; Hönl, age., s.132-134.

rak kabul edilen kölenin iradesine üstündür.¹⁴⁵ Kölenin tüm benliği alım satım ilişkisinin konusu haline gelmektedir.¹⁴⁶ Bu bağlamda köleler öldürülebilmekte, ailelerinden ayrılabilen ve benzeri muamelelere tabi tutulabilmektedirler.¹⁴⁷

Roma hukukunun köleye yaklaşımı kölenin bir mal olması ile bu malın bir (hukuken varsayılsa dahi) fiili olarak bir kişiliği olması¹⁴⁸ arasındaki gerilim içinde biçimlendiğinden, köleliğe ilişkin düzenlemeler çelişkili bir nitelik arz etmektedirler.¹⁴⁹ Bu bağlamda her ne kadar Roma hukuku içerisinde köleye belirli bir statü tanınmış ise de bu onun mal niteliğine dokunmaktan uzaktır. Kölenin hukuk içerisindeki statüsü efendinin merkezinde olduğu bir ilişki içerisinde biçimlenmektedir. Dolayısıyla Roma hukuk sistemi içerisinde kölenin nesne statüsü, kendine özgü bir biçim altında da olsa korunmuştur.¹⁵⁰

Köleci üretim tarzının gelişmesi ve kölelerin Roma üretim ilişkileri ile nüfusu içerisinde giderek artan ağırlığı Romalıları kölelere yönelik yeni statüler üretmeye zorlamıştır. Cumhuriyet genişledikçe köleliğe sürüklenen savaş esirlerinin demografik niteliğinde ciddi değişimler yaşanmıştır. Fetihlerle birlikte Roma'ya akan sayısız savaş esiri arasında sadece tarım yahut madencilikle iştiغال eden yahut bu alanlarda çalıştırılacak olan kimselerin yanında yüksek kültüre mensup, eğitilmiş kimselerin varlığı¹⁵¹ Roma ekonomisi ve buna bağlı olarak kölelik statüsünde önemli değişikliklere neden olacaktır. Kölenin mal statüsünün efendiye verdiği mutlak kontrol ve köle emeğinin özgür bir yurttaşın emeğinden çok daha ucuza mal olması Romalı zenginleri özellikle yüksek eğitim almış, zanaat sahibi köleleri tarım ve madencilik gibi alanların dışında, eğitmen, muhasebeci ve benzeri biçimlerde çalıştırmaya teşvik edecektir.¹⁵² Böylece köle emeği en genel kullanım alanı olan tarımsal üretim¹⁵³ ve ev işleri alanının sınırları dışına çıkacaktır. Bahsi geçen dönüşüm neticesinde kölenin statüsü ve üstlendiği işlevler efendisinin malvarlığının işletilmesine katılmaya kadar genişleyecektir.¹⁵⁴

¹⁴⁵ Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law*, s.86.

¹⁴⁶ Anderson, age., s.29.

¹⁴⁷ Lewis, age., s.152-153, 155.

¹⁴⁸ Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law*, s.86; Riggsby, age., s.100; Schulz, age., s.216.

¹⁴⁹ Finley, age., s.64; Johnston, age., s.42; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.80.

¹⁵⁰ Riggsby, age., s.100.

¹⁵¹ Tellegen-Couperus, age., s.35; Riggsby, age., s.100.

¹⁵² Johnston, age., s.142-143; Riggsby, age., s.100; Scullard, age., s.322.

¹⁵³ Anderson, age., s.29.

¹⁵⁴ Johnston, age., s.143; Lewis, age., s.156.

Köle emeğinin tarım ve madencilik gibi sektörlerin dışına çıkarak toplumsal hayatın her veçhesinde yoğun bir biçimde kullanılmaya başlanması ile birlikte hukuk içinde, ortaya çıkan yeni kölelik biçimlerine uygun hukuki düzenleme arayışları da gelişecektir. Örneğin, efendi tarafından köleye işletilmesi amacıyla verilen bir borç-sermaye olan *peculium*¹⁵⁵ üzerinde kölenin kullanım hakkı olması ve kölenin söz konusu *peculium*’dan elde ettiği geliri kullanarak özgürlüğünü satın alabileceği¹⁵⁶ kölelerin üretim ilişkileri içinde giderek daha yoğun bir biçimde istihdam edilmesinin hukuk sistemindeki çıktılarına güzel bir örnek teşkil etmektedir.¹⁵⁷ Fakat *peculium*’un varlığı efendinin iradesine bağlı olduğu¹⁵⁸ ve asıl amaç efendinin ekonomik çıkarlarının korunması olduğu¹⁵⁹ için, anılan hak ve statü hala efendinin iradesi ile kurulmaktadır. Yani Roma hukuku kölenin kendi özgürlüğünü satın alabileceği bir hukuki pratiğin ortaya çıkışını efendinin iradesine bağlayarak son tahlilde kölenin hala bir mal olduğunun altını çizmektedir.¹⁶⁰

Köle emeğinin, maliyetinin düşüklüğü, onu Antik Çağ ekonomisinin en karlı artı ürün kaynaklarından biri yapmaktadır. Çalışması karşılığında hiçbir şey talep edemeyen kölenin maliyeti, onun emek gücünün yeniden üretiminin basit maliyetine karşılık gelmektedir. Bu ise ücretli işçiler ile karşılaştırıldığında efendiye daha fazla artı ürün kalması anlamına gelmektedir. Özgür işçi sadece karın tokluğu seviyesinin ötesinde bir maliyete sahipken; köle, efendi öyle istediği müddetçe sadece ertesi gün yeniden çalışmasına yetecek kadar düşük bir maliyetle çalıştırılabilmektedir. Söz konusu ilişki üretim sürecinin sonunda efendiye kalan artığı arttırmaktadır. Kölelerin emeğinden temellük edilen artı ürün kitleleri ise efendilerin refahından Antik Çağ imparatorluklarının bize kalan büyük eserlerine kadar pek çok alanda tüketilmektedir.¹⁶¹

Cumhuriyetin genişlemesi merkezinde latifundiaların bulunduğu ekonomik yapının ihtiyaç duyduğu köle emeği kitesini sağlamıştır. Örneğin Sardinya’ya yapılan bir seferden sonra Roma 80.000 köle ele geçirilmiştir. Epirus’un fethi ise Roma’ya toprakların yanı sıra 150.000 köle kazandırmıştır.¹⁶² Ele geçirilen topraklardan elde edilen zenginliklerin büyük toprak sahiplerinin ellerinde bi-

¹⁵⁵ Lewis, age., s.156; Oğuzoğlu, age., s.58-59; Özcan Karadeniz, “Roma Hukukunda ‘Peculium’ Müessesesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1968, C.25, S.3-4, s.180; Riggsby, age., s.109; Varro, age., s.177.

¹⁵⁶ Finley, age., s.65; Oğuzoğlu, age., s.59; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.135.

¹⁵⁷ Karadeniz, agm., s.182.

¹⁵⁸ Karadeniz, agm., s.183-185.

¹⁵⁹ Lewis, age., s.156.

¹⁶⁰ Riggsby, age., s.101.

¹⁶¹ Anderson, age., s.29.

¹⁶² Erskine, age., s.27, 44; Diakov/Kovalev, age., s.98; Zubritski/Mitropolski/Kerov, age., s.125.

rikmesi ve latifundialara yatırılması ile fetihlerin sağladığı sürekli köle akışı, özellikle M.Ö. II. Yüzyıl'a geldiğinde köle emeğinin öncelikle tarımsal üretimde bunu takiben ise zanaattaki kullanımının küçük mülk sahibi ve ücretli Romalılar aleyhine genişlemesi sonucunu doğurmuştur. Böylece M.Ö. II. Yüzyıl'dan itibaren köle emeği maddi servetin temel üreticisi haline gelmiştir.¹⁶³ Buna ek olarak köleler, diğer antik toplumlarda olduğu gibi Roma'da da yurttaşların istihdam edilmediği büyük çaplı yapı projelerinin de temel iş gücünü oluşturmaktadır.¹⁶⁴ Köleci üretim tarzının gelişmesinin bir diğer etkisi de köle nüfusu ile özgür insan nüfusu arasındaki oranın radikal bir biçimde değişmesidir. Kölelerin üretim ilişkilerindeki rolü gelişip genişledikçe sayıları da hızlı bir biçimde artmaya devam etmiştir. Hatta bir noktada Roma ve İtalya'da bulunan Köle sayısı geçmişe nazaran hızla artarak özgür insan sayısının üçte birine hatta yarısına ulaşmıştır.¹⁶⁵

Roma köleciliği, pazar için yapılan kitlesel tarımda büyük ölçüde köle emeğinin kullanılmasına dayanmaktadır.¹⁶⁶ Kentlerdeki kölelerin durumları görece olarak daha iyi olsa ve daha sık azat edilseler de¹⁶⁷ özellikle tahıl tarımında köleler prangalarla bağlı bir biçimde ve kâhya yahut gözcülerin gözetimi altında tüm gün boyunca ağır koşullar altına çalıştırılmakta, yoğun baskı ve eziyetlere maruz kalmakta ve akşamları ise toplu halde ağıllara tıkiılmaktadırlar.¹⁶⁸ Genişleyen cumhuriyetin fethettiği topraklardan elde ettiği köle kitleleri hızla bu latifundialara akarken, köleci üretim tarzı da eldeki köle arzına bağlı olarak sömürü oranını arttırmakta, üretici pratiklerde köle üzerine uygulanan baskı daha da şiddetlenmektedir.¹⁶⁹

Köleler üzerindeki baskının şiddetlenmesi ise beraberinde köleler ile efendiler arasındaki çelişkinin derinleşip şiddetlenmesine getirecektir.¹⁷⁰ Köleci üretim tarzının gelişmesine ve köle nüfusunun hızla artmasına bağlı olarak MÖ II.

¹⁶³ Colognesi, age., s.163; Diakov/Kovalev, age., s.97-98; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.79; Zubritski/Mitropolski/Kerov, age., s.125.

¹⁶⁴ Finley, age., s.77-78; H. J. Loane, *Industry and Commerce of the City of Rome (BC. 50-AD. 200)*, 1. Baskı, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1938., s.79-86; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.42.

¹⁶⁵ Appianus, age., s.17; Diakov/Kovalev, age., s.98; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.138-139; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.42; Tellegen-Couperus, age., s.35.

¹⁶⁶ Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.79.

¹⁶⁷ Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.42.

¹⁶⁸ Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.79; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.42; Scullard, age., 322-323; Tellegen-Couperus, age., s.35.

¹⁶⁹ Heaton, age., s.51; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.79; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.42; Scullard, age., s.322.

¹⁷⁰ Diakov/Kovalev, age., s.114; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.132-141.

Yüzyıl’da Roma daha önce karşılaşmadığı denli bir dizi köle isyanıyla karşılaşacaktır.¹⁷¹ İlk önemli isyan M.Ö. 198 yılında Sei Setia adlı Roma kolonisinde başlayacak¹⁷² daha sonra ise Etruria’da ve Apulia’da bir dizi köle ayaklanması gerçekleşecektir.¹⁷³

M.Ö. 138’de ise altı yıl sürecek olan ve daha önceki köle ayaklanmalarıyla karşılaştırılmayacak bir niteliğe sahip olan Birinci Sicilia Köle İsyanı başlayacaktır.¹⁷⁴ Roma köleciliğinin temel uygulama merkezlerinden biri olan Sicilia o dönemde kitlesel köle emeğine dayalı hayvancılık ve tahıl tarımının merkezidir. Buna bağlı olarak da hem köle nüfusu yoğunlaşmakta hem de köleler ile efendiler arasındaki çelişki keskinleşmektedir.¹⁷⁵ Enna, Messana, Leontium, Catania ve Tauromenium’u kapsayan ve Agrigentum’daki Cleon isyanı ile birleşen bu ayaklanma sonucunda bir süre için Sicilia kölelerin kontrolüne geçecektir.¹⁷⁶ Sicilia o dönemde Roma’nın tahıl ambarı olduğu için, kölelerin Sicilia’da kontrolü ele geçirmeleri Roma’da, şehir nüfusunun sürekli artması nedeniyle zaten yükselmiş olan tahıl fiyatlarının iyice yükselmesine¹⁷⁷ neden olmuştur. Bu ise pleblerin huzursuzluğunu iyice arttıracaktır.¹⁷⁸ Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da topraksız ve yoksul pleblerin köle ayaklanmasına destek vermesi yahut en azından kayıtsız kalmalarıdır.¹⁷⁹

Anılan köle isyanları ve özellikle Sicilia’da pleblerin kölelere verdiği destek latifundia sisteminin ve kölecî üretim tarzının gelişmesinin Roma toplumdaki çelişkileri derinleştirdiğini göstermesi açısından ciddi bir önem arz etmektedir. Tiberius Sempronius Gracchus’un reformları değerlendirilirken bu hususların ve köle isyanlarının Roma’da yarattığı tehdit algısının da hesaba katılması gerekmektedir. Gerçekten de artan köle nüfusu ve latifundialarda karşılaşılan aşırı sömürü koşulları Roma ekonomisinin üzerine kurulduğu köleleri aynı zamanda onun için en önemli tehditlerden biri haline getirmiştir.¹⁸⁰

¹⁷¹ Faulkner, *Marksist Dünya Tarihi*, s.73; Keaveney, age., s.23.

¹⁷² Diakov/Kovalev, age., s.114-115.

¹⁷³ Keaveney, age., s.23.

¹⁷⁴ Diakov/Kovalev, age., s.116.

¹⁷⁵ Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.79.

¹⁷⁶ Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.139-140; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.80-82 Wise-Bauer, age., s.688.

¹⁷⁷ Peter Garnsey/Dominic Rathbone, “The Background to the Grain Law of Gaius Gracchus”, *The Journal of Roman Studies*, 1985, C.75, s.21.

¹⁷⁸ Diakov/Kovalev, age., s.122; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.154.

¹⁷⁹ Diakov/Kovalev, age., s.117; Wise-Bauer, age., s.689.

¹⁸⁰ Appianus, age., s.17; Keaveney, age., s.23.

3. M.Ö. II. YÜZYIL'DA REFORM ARAYIŞLARI

Roma köylüsünün kitlesel olarak mülksüzleşmesi ve yoksullaşması ile latifundia sisteminin gelişmesi sonucunda köle nüfusunun hızla artması ve buna bağlı olarak köle isyanlarının¹⁸¹ ortaya çıkması M.Ö. II. Yüzyıl'ın Roma toplumu içindeki çelişkilerin şiddetlendiği bir dönem olduğunu göstermektedir.¹⁸² Köle isyanları Roma yönetici sınıfını bir çözüm arayışına iterken Roma yönetici sınıfı arasında giderek artan iktidar mücadeleleri¹⁸³ de söz konusu çözüm arayışları ile alt sınıfların mücadelelerini bir araya getirecektir. Kent ve köy yoksulları, oligarşik yönetimi savunan *optimates*'e¹⁸⁴ karşı halkın taleplerini temsil ettiklerine inanıldığı için *populares* adı verilen¹⁸⁵ yönetici sınıf mensupları etrafında toplanmaktadır.¹⁸⁶ Alt sınıfların mücadeleleri ile yönetici sınıfın fraksiyonları arasındaki mücadelelerin birbirleri ile kesişmesi, Roma yönetici sınıfı içerisinde plebler ile ittifak kurarak yükselme yolunu tercih eden figürlerin de önlerini açmıştır.¹⁸⁷

Reformlar, sistemin krize girmeye başladığı M.Ö. II. Yüzyıl'ın başından itibaren çeşitli düzeylerde dile getirilmeye uygulanmaya başlanmıştır. Bu bağlamda, M.Ö. 192 senesinde borç krizine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bunları ise M.Ö. 188 senesinde tahıl fiyatlarını kontrol etmek için yapılan düzenlemeler izlemiştir.¹⁸⁸ Fakat söz konusu düzenlemelerde toprak mülkiyeti sistemi ve toprakların bölüşümü üzerindeki oligarşik hâkimiyeti bir sorun olarak görülmemektedir. Toprağın mülkiyeti ve bölüşümü sorunlarının çözümüne yönelik arayışlar M.Ö. II. Yüzyıl'ın ikinci yarısını bekleyecektir. Bu arayışlar *Claudianlar* ile *Scipionianlar* arasındaki mücadeleler üzerinden kendini gösterecektir.¹⁸⁹ Roma oligarşisinin içindeki iki eğilimi temsil eden bu fraksiyonlardan ilki olan *Claudianlar* pleblerin taleplerini temsil etmeye daha yakın olup küçük toprak mülkiyeti üzerine kurulu düzeni destekleme ve geri getirme yanlısı bir tavır izleyen bir karakterdeyken¹⁹⁰ ikinci fraksiyon olan *Scipionianlar* büyük ölçüde

¹⁸¹ Zubritski/Mitropolski/Kerov, age., s.126.

¹⁸² Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.154.

¹⁸³ Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.154.

¹⁸⁴ Tellegen-Couperus, age., s.45.

¹⁸⁵ Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.76.

¹⁸⁶ Colognesi, age., s.181; Diakov/Kovalev, age., s.122; Ste. Croix, age., s.431; Tellegen-Couperus, age., s.45.

¹⁸⁷ Altan, age., s.125; Faulkner, *Marksist Dünya Tarihi*, s.71.

¹⁸⁸ Astin, "Roman Government And Politics", s.185-186.

¹⁸⁹ Dinçkol, agm., s.759; Henderson, "Tiberius Gracchus and the Failure of the Roman Republic", s.53; Henry C. Boren, "Tiberius Gracchus: The Opposition View", *The American Journal of Philology*, 1961, C.82, S.4, s.359-360.

¹⁹⁰ Boren, agm., s.360-361.

büyük toprak sahiplerinin çıkarlarını temsil etmektedirler.¹⁹¹ Anılan fraksiyonlar arasındaki mücadele, MÖ II. Yüzyıl’ın ikinci yarısında Roma’daki çelişkilerin keskinleşmesinden nasibini alacak ve söz konusu fraksiyonlar oligarşik bir mücadelenin sınırları dışına çıkan politik hatlara yerleşeceklerdir. Başlangıçta basitçe cumhuriyet dönemi toprak mülkiyeti düzenin savunmayı, ordunun asker ihtiyacını gidermeyi ve köle isyanlarını önüne geçmeyi amaçlayan ama sonraları pleblerin taleplerinin doğrudan temsilcisi haline gelen Tiberius Sempronius Gracchus da *Claudian* fraksiyonu içerisinde politika yürütmektedir.¹⁹²

M.Ö. II. Yüzyıl’da ortaya çıkmaya başlayan reform arayışlarına ilk örnek olarak *Lex Sempronia Tiberiana*’da da göreceğimiz 500 *iugeralık*¹⁹³ sınırı da bünyesinde taşıyan ve MÖ II. Yüzyıl’ın ilk üçte birlik dilimi sırasında karşılaştığımız *de modo agrarum* yasası gösterilebilir.¹⁹⁴ Marcus Porcius Cato’nun oligarşik toplumsal düzenin iyileştirilmesi ve toprak hâkimiyetinin sınırlandırılmasına yönelik gayretleri¹⁹⁵ de bir diğer örnektir. Cato’dan sonra ise 140 senesinde consul olacak olan C. Laelius, İtalya köylüsünün içinde bulunduğu sefalet koşullarını ortadan kaldırmak amacıyla *Leges Licinae-Sextiae*’nin toprak mülkiyeti ile ilgili hükümlerini uygulamaya sokmayı denemiştir. Fakat Laelius’un bu çabası da *Ordo Senatorius* engelini takılmıştır.¹⁹⁶ Söz konusu girişimler her ne kadar başarıya ulaşamamış olsalar da Tiberius Sempronius Gracchus’un reformlarına hazırlık niteliği taşımaları nedeniyle önem arz etmektedirler.

Yoksullaşan köylülerin hala yurttaş statüsünde olmaları; yani şehre gelip oy kullanabilmeleri Roma toplumsal yapısındaki çelişkilerin Roma siyasal sistemi içinde kendisine bir temsil alanı bulmasına imkan vermiştir. Tiberius Sempronius Gracchus’un zamanına geldiğimizde plebler M.Ö. IV. Yüzyıl’dan beri görülmeyen düzeyde politikleşmektedirler.¹⁹⁷ Hakikaten de anılan dönemde kolonilerden ve uzak *municipumlarda* yaşayanlar bile şehre gelmekte ve forum, merkezinde yoksul yurttaşların yer aldığı ateşli tartışmalara sahne olmaktadır.¹⁹⁸

¹⁹¹ Boren, agm., s.361.

¹⁹² Boren, agm., s.360.

¹⁹³ Bir iugera yaklaşık 2590 metrekaredir. Demircioğlu, age., s.161-162.

¹⁹⁴ Gabba, age., s.203.

¹⁹⁵ Altan, age., s.125; Astin, *Scipio Aemilianus*, s.193-194.

¹⁹⁶ Altan, age., s.125; Astin, “Roman Government And Politics”, s.195; Astin, *Scipio Aemilianus*, s.194; Diakov/Kovalev, age., s.123; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.141; John Briscoe, “Supporters and Opponents of Tiberius Gracchus”, *The Journal of Roman Studies*, 1974, C.64, s.127; Keaveney, age., s.20; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.88; Plutarkhos, age., s.27; Sage, agm., s.45; Ste. Croix, age., s.426-427 Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.155.

¹⁹⁷ Rich, age., s.155.

¹⁹⁸ Diakov/Kovalev, age., s.123.



Çelişkinin somutlaştığı alan ise yeterince zengin olmadıkları için yönetim pratiklerine doğrudan erişimleri olmayan Roma yurttaşlarının devlet aygırı içinde temsil edilmesine olanak sağlayan pleb tribünlüğü ile Pleb Meclisidir.¹⁹⁹ Anılan kurumlar hem pleblerin yapı içinde bir temsiliyet bularak büyük toprak sahiplerinin oligarşik yönetimine karşı taleplerini yükseltebilmesine hem de Roma'nın yönetici sınıflarının, cumhuriyetin bağrındaki çelişkileri erteleyebilmesine olanak sağlayan hukuk kurumlarıdır.²⁰⁰ Yurttaşlar, anılan organlar aracılığıyla siyasal taleplerini devlet aygıtına aktarabilmektedirler. Pleb tribünleri ise pleblerin taleplerini temsil edebildikleri ölçüde bu kuvvetli makama gelebildikleri için pleb hareketinin yükseldiği dönemlerde pleblerin taleplerini daha doğrudan bir biçimde temsil etmek durumunda kalmaktadırlar.²⁰¹

Plebler ile Roma oligarşisi arasındaki çelişkilerin iyice yüzeye çıktığı bu dönemde topraksız kalan plebler kitleler halinde Roma'ya akın etmişler²⁰² ve Roma siyasal yapısının verdiği olanaklar dahilinde önemli bir siyasal etken haline gelmişlerdir.²⁰³ Çelişkinin derinliğini gösteren bir diğer olgu da kitleler halinde kente gelen yoksulların arasında sadece oy kullanma yetisine sahip yurttaşların değil, oy kullanma yetisine sahip olmadıkları halde yükselen politik ortamda taleplerini savunmanın derdinde olan İtalyan ve Latinlerin de bulunmasıdır.²⁰⁴

4. TİBERİUS SEMPRONIUS GRACCHUS'UN REFORM GİRİŞİMLERİ

Tiberius Sempronius Gracchus M.Ö. IV. Yüzyıl'dan beri Roma asiller sınıfına mensup olan bir aileden gelmektedir.²⁰⁵ Aile uzun zamandan beri Roma Cumhuriyeti'nde etkin görevler üstlenmektedir. Babası olan T. Sempronius Gracchus Roma aristokratlarının en parlak örneklerinden biridir.²⁰⁶ M.Ö. 197'de ikinci İspanyol savaşını sona erdirmiş, M.Ö. 180-178 seneleri arasında *Hispania Citerior* valiliği yapmış²⁰⁷ ve M.Ö. 177 ve 163 senelerinde iki defa consul'lük M.Ö. 169 senesinde ise bir kez censorluk görevini üstlenmiştir.²⁰⁸ Aile aynı zamanda Baba T. Sempro-

¹⁹⁹ Altan, age., s.126; Ste. Croix, age., s.424.

²⁰⁰ Williamson, age., s.285-286.

²⁰¹ Ste. Croix, age., s.445.

²⁰² Holleran, age., s.163.

²⁰³ Faulkner, *Marksist Dünya Tarihi*, s.74.

²⁰⁴ Williamson, age., s.6.

²⁰⁵ Altan, age., s.126.

²⁰⁶ Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.88.

²⁰⁷ Isabel Roda, "Hispania", *A Companion to the Archaeology of the Roman Republic*, (Ed) Jane DeRose Evans, 1. Baskı, Pondicherry, Wiley&Blackwel, 2013, s.527.

²⁰⁸ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.190; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.132; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.87-88; Plutarkhos, age., s.11.

nius Gracchus’un eşi olan Cornelia’nın²⁰⁹ Zama fatihi Scipio Africanus’un kızı olması,²¹⁰ Tiberius’un Kayınpederinin de Roma’nın en zengin isimlerinden biri olan Appius Claudius Pulcher olması ve kız kardeşi Sempronia’nın Scipio Aemilianus ile evli olması²¹¹ dolayısıyla Romanın en nüfuzlu aileleriyle de akrabalık bağına sahiptir.²¹² Plutarkhos, Paralel Yaşamlar (*Voi Paralleloi*) adlı eserinin Tiberius Sempronius Gracchus’a ayırdığı bölümünde onu son derece zarif, nazik ve en önemlisi de tutumlu ve erdemli biri olarak tarif etmektedir.²¹³ Buna ek olarak Plutarkhos, Tiberius Sempronius Gracchus’un diğer Romalı aristokratlar gibi büyük bir şahsi servete sahip olmadığını da söylemektedir.²¹⁴

Tiberius Sempronius Gracchus M.Ö. 162 yılında doğmuş, III. Kartaca savaşı esnasında Libya’da asker olarak görev almıştır.²¹⁵ Orduda hizmet etmesinin ardından, 137 yılında quaestor olarak siyasi hayatına başlamıştır.²¹⁶ Tiberius Sempronius Gracchus’un reformist düşüncelere yakınlık duyması ise Consul Gaius. H. Mancinus ile birlikte Numantialılara karşı Hispania Citeror’a yaptığı sefer²¹⁷ ile birlikte başlamıştır.²¹⁸ Plutarkhos bu durumu şöyle tarif etmektedir:

“*Bunun Yanında Kardeşi Gaius ise kitabında Tiberius’un, Turrenia’nın içinden Numantia’ya ilerlediği sırada, ülkenin terk edildiğini hem yabancı kölelerin hem de barbarların toprağı ekip biçtiğini ve sürülerini otlattıklarını görünce ilk kez o zaman binlerce felakete sebep olan bir siyaseti aklına koyduğunu yazar.*”²¹⁹

Daha sonraları ise sayıları artan *proletariinin* askere alınmaması²²⁰ dolayısıyla ordunun zayıf düşmesi, yoksul yurttaşların artan huzursuzluğu ve bunlara buna ek olarak latifundiaların köle nüfusunu arttırmış olması nedeniyle karşı

²⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Suzanne Dixon, *Cornelia: Mother of the Gracchi*, 1. Baskı, New York, Routledge, 2007.

²¹⁰ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.190; Briscoe, agm., s.125; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.88; Plutarkhos, age., s.11.

²¹¹ Briscoe, agm., s.125.

²¹² Altan, age., s.126; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.132.

²¹³ Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.88.

²¹⁴ Plutarkhos, age., s.33.

²¹⁵ Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.88; Plutarkhos, age., s.19.

²¹⁶ Plutarkhos, age., s.19.

²¹⁷ Plutarkhos, age., s.19.

²¹⁸ Altan, age., s.126-127; Briscoe, agm., s.127; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.137; Stephen L. Dyson, “Cosa”, A Companion to the Archaeology of the Roman Republic, (Ed) Jane DeRose Evans, 1. Baskı, Pondicherry, Wiley&Blackwell, 2013, s.481; William Vernon Harris, *Rome in Etruria and Umbria*, Oxford, Clarendon Press, 1971, s.203-206.

²¹⁹ Plutarkhos, age., s.27.

²²⁰ Engels, age., s.152.

karşıya kalınan Sicilia isyanı gibi köle isyanlarına bir çare bulunması gibi hususlar²²¹ da onun reformist düşüncelerini biçimlendirecektir.

Seyahati esnasında İtalyan köylüsünün perişan haline şahitlik eden²²² Tiberius Sempronius Gracchus, Roma'ya döndüğünde Numantia Seferi esnasında ana kampı kuşatılmış olan Roma ordusunun güvenli bir şekilde çekilebilmesi için Consul Mancinus tarafından M.Ö. 137 senesinde akdedilen ve Tiberius Sempronius Gracchus'un önemli bir pay sahibi olduğu anlaşmanın²²³ Senatus'ta iptali²²⁴ sonrasında Senatus tarafından ihanet ve savaştan kaçmakla suçlanmıştır.²²⁵ Tiberius'un Senatus ile girdiği bu çatışma²²⁶ genç bir politikacı olarak prestijini sarsmış olsa gerek ki ilerleyen dönemde Tiberius Sempronius Gracchus hem kaybettiği prestijini kazanmak hem de Senatus üyeleriyle hesaplaşmak için mücadele edecektir.²²⁷

Senatus ve *Scipionian*'lar ile arası zaten açılmış olan Tiberius Sempronius Gracchus, Senatus'ta, başında kayınpederi App. Claudius Pulcher, içerisinde ise dönemin Pontifex Maximus'u ve kardeşinin kayınpederi Publius Crassus Mucianus, Roma hukukunun bilimsel bir nitelik kazanması sürecindeki en önemli aktörlerden biri Publius Mucius Scaevola ve Makedonya fatihi Quintus Metellus Macedonicus'un da bulunduğu, *Claudian* fraksiyonuna dahil olan reformist gruba katılacaktır.²²⁸ Reformist grubun, Roma köylülerinin küçük toprak mülklerini savunan yaklaşımının etkisi ile Tiberius Sempronius Gracchus M.Ö. 134 senesinin sonlarına doğru 30 yaşında iken pleb tribünlüğüne talip olmuş ve M.Ö. 133 senesinde pleb tribünü olarak seçilmiştir.²²⁹ Tiberius Sempronius Gracchus'un pleb tribünü seçilmesinin ardından giriştiği toprak reformu hareketi geç cumhuriyet tarihinin en önemli hukuk düzenlemelerinden bir kaçını içeriyor olması açısından hukuk tarihi için de ciddi bir önem arz etmektedir.²³⁰

²²¹ Appianus, age., s.19; Faulkner, *Marksist Dünya Tarihi*, s.73-74; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.138; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.154.

²²² Plutarkhos, age., s.27.

²²³ Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.134.

²²⁴ Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.89.

²²⁵ Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.89.

²²⁶ Diakov/Kovalev, age., s.123; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.89; Plutarkhos, age., s.23-25.

²²⁷ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.195; Briscoe, agm., s.125.

²²⁸ Altan, age., s.127; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.89.

²²⁹ Altan, age., s.127; Faulkner, *Marksist Dünya Tarihi*, s.72; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.132; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.90; Russel, M. Geer, "Notes on the Land Law of Tiberius Gracchus", *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, 1939, C.70, s.30; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.155.

²³⁰ Paul du Plessis, "Property", *The Cambridge Companion to Roman Law*, (Ed) David Johnston, 1. Baskı, New York, Cambridge University Press, 2015, s.187; Richardson, agm., s.1.

A. Lex Sempronia Tiberiana ve Toprak Reformu.

Pleb tribünü olarak seçilen Tiberius Sempronius Gracchus, cumhuriyetin genişlemesi sürecinde yüzeye çıkan toplumsal çelişkileri²³¹ ertelemek/massetmek amacıyla sonradan *Lex Sempronia Tiberiana* olarak adlandırılacak bir reform tasarısı ortaya koymuştur.²³² Plutarkhos, *Lex Sempronia Tiberiana*’nın yazarları arasında Tiberius Sempronius Gracchus’a ek olarak şu isimleri saymaktadır:

“Tiberius yine de yasayı tek başına kaleme almaz; erdem ve ün bakımından en iyi konsey üyelerinden yararlanır. Bu kişiler arasında başrahip Crassus, o sırada Consul olan hukuk uzmanı Mucius Scaevola ve Tiberius’un kayınpederi Claudius Appius da vardır”²³³

Tiberius Sempronius Gracchus’un reform programının destekçilerine yukarıda sayılanların yanında M.Ö. 129 senesinde toprak reformu komisyonu üyesi, M.Ö. 125 senesinde de consul olacak olan M. Fulvius Flaccus’u, M.Ö. 129’da tarım komisyonunda görev alacak ve M.Ö. 120’de consul olacak olan M. Papius Carbo’yu²³⁴ ve M.Ö. 114 senesinde consul olacak olan M. Porcius Cato’yu da eklemek gerekmektedir.²³⁵ Söz konusu isimlerin hepsi de Roma’ya hâkim olan oligarşinin mensuplarıdır.

Tasarı öncelikle M.Ö. 4. Yüzyıl’da yasalaşan ve MÖ II. Yüzyıl’ın ortalarında artık fiilen ilga edilmiş bulunan *Leges Licinae-Sextiae*’nin *ager publicus*’a ilişkin hükümlerinin yeniden uygulanmasını amaçlamaktadır.²³⁶ Bir kent devletinin toplumsal koşulları dahilinde toprak mülkiyetinin azami sınırlarını belirleyen *Leges Licinae-Sextiae*, Roma Cumhuriyeti’nin bir kent devletinin sınırlarını gerek fiilen gerekse de toplumsal nitelikler bakımından²³⁷ aşması ile birlikte nesnel zeminini kaybettiği için fiilen uygulamadan kalkmış bulunmaktadır.²³⁸

²³¹ Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.89-90.

²³² Astin, *Scipio Aemilianus*, s.190, 196-198; Diakov/Kovalev, age., s.123-124; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.132; Özer-Sarıtaş, age., s.115; Rich, age., s.158; Richardson, age., s.5; Tellegen-Couperus, age., s.45.

²³³ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.191; Plutarkhos, age., s.29. Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.155.

²³⁴ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.191-192.

²³⁵ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.191; Briscoe, age., s.128; Henderson, “Tiberius Gracchus and the Failure of the Roman Republic”, s.54.

²³⁶ Altan, age., s.127; Diakov/Kovalev, age., s.123-124; Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.90; Özer-Sarıtaş, age., s.115; Sage, age., s.45; Tellegen-Couperus, age., s.45.

²³⁷ Zubritski/Mitropolski/Kerov, age., s.127.

²³⁸ Faulkner, *Marksist Dünya Tarihi*, s.72.

Tiberius Sempronius Gracchus'un reform programının uygulamaya koymayı amaçladığı *Leges Liciniae-Sextiae*'nin Tiberius Sempronius Gracchus'un reform girişimleri bağlamında en önemli özelliği bir Roma yurttaşının *ager publicus*'tan edinebileceği toprak miktarının sınırlarını çizmesidir.²³⁹ Fakat *ager publicus*'un cumhuriyetin hâkim olduğu tüm topraklar için geçerli bir kategori olmadığını burada hatırlatmakta yarar vardır. *Lex Sempronia Tiberiana* ile yurttaşlar arasında yeniden bölüşürülecek olan *ager publicus* Roma'nın İtalya'yı fethi sürecinde²⁴⁰ ele geçirilen toprakları, Kartaca savaşları esnasında Kartacalılar ile ittifak yaptıkları için Roma tarafından ilhak edilen ve ekseriyeti güney İtalya'da bulunan şehirlerin topraklarını ve Roma'nın kuzeyindeki İtalyan ve Latin topraklarının bir kısmını kapsamaktadır.²⁴¹ Yasaya göre bir Roma yurttaşı 500 *İugera*'dan daha fazla toprağa sahip olamayacaktır.²⁴² Tiberius Sempronius Gracchus, bu hükmü tekrar uygulamaya sokmayı istemektedir.

Tiberius Sempronius Gracchus'un tasarısının *Leges Liciniae Sextiae*'den farkı ise *Leges Liciniae-Sextiae*'de *ager publicus*'tan yasanın belirlediği sınırın üstünde pay alan yurttaşların cezalandırılması ve topraklardan atılması gibi tedbirlere rastlanılırken²⁴³ Tiberius Sempronius Gracchus'un önerisinde böyle bir hükmün yerini, fazla toprağın bir tazminat da ödenerek alınmasının almış olmasıdır.²⁴⁴ Bu bağlamda Tiberius Sempronius Gracchus'un reform tasarısının yeniden uygulamaya sokmayı amaçladığı *Leges Liciniae-Sextiae*'ye göre daha ılımlı olduğunu söylemek mümkündür.²⁴⁵ Fakat en nihayetinde, *Lex Sempronia Tiberiana*'nın önerisi Romalı büyük toprak sahiplerinin hakimiyeti altındaki fazla toprağın alınması ve topraksız köylüye yeniden dağıtılmasıdır.²⁴⁶

²³⁹ Richardson, agm., s.6.

²⁴⁰ Anılan dönem Roma'nın İtalya'daki diğer şehir devletleri ve siyasal yapıları hakimiyet altına alması ve buna ek olarak İtalya üzerindeki hakimiyetini Epirus Kralı Pyrrhus ve Po Bölgesinde yaşayan Galyalılara kabul ettirmesini kapsamaktadır. Bu dönem kapsamında M.Ö. 343-290 arasında vuku bulan Latin ve Samnit Savaşları ile M.Ö. 280-275 arasında Epirus Kralı Pyrrhus'un İtalya'yı hakimiyet altına alma çabalarına karşı verilen Pyrrhus savaşları kurucu nitelikte olaylara denk düşmektedirler. Bkz. Diakov/Kovalev, age., s.66-69; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.78-96; Demircioğlu, age., s.107-158; McNeill, age., s.148-152; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.9; Tellegen-Couperus, age., s.30-31; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.75-89; Wise-Bauer, age., s.610-615;

²⁴¹ Astin, "Roman Government And Politics", s.187; Gabba, age., s.197-198; Richardson, agm., s.1; Ward/Heichelheim/Yeo, age., 130.

²⁴² Altan, age., s.127; Richardson, agm., s.1.

²⁴³ Mommsen, *The History of Rome Vol I*, s.310.

²⁴⁴ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.192-193; Colognesi, age., s.183; Diakov/Kovalev, age., s.124.

²⁴⁵ Diakov/Kovalev, age., s.124; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.141.

²⁴⁶ Colognesi, age., s.184; Henderson, "Tiberius Gracchus and the Failure of the Roman Republic", s.54; Tellegen-Couperus, age., s.45; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.155; Williamson, age., s.5.

Tiberius Sempronius Gracchus’un hazırladığı reform programına göre Roma yurttaşları *ager publicus*’a dâhil olan ve 500 *iugera* sınırını aşan toprakları, *ager publicus* statüsüne dönüştürülmek ve ardından tekrar bölüştürülmek üzere devlete iade edeceklerdir.²⁴⁷ Şayet var ise, iadesi söz konusu araziler üzerindeki yapıların karşılığı mal sahiplerine ödenecektir.²⁴⁸ Ayrıca her mal sahibine, iki oğulları için 250 *iugera* toprak daha bırakılacaktır.²⁴⁹ Arazi sahiplerinden alınan ve *ager publicus*’a dönüştürülen topraklar ise 15-30 *iugeralık* parsellere bölünecek ve bu parseller *ager privatus* statüsü altında küçük aile çiftliklerine dönüştürülerek²⁵⁰ cüzi bir kira karşılığında ve toprağı terk etmemek taahhüdü ile birlikte topraksız köylülere dağıtılacaktır.²⁵¹ Burada, söz konusu reform programının *ager privatus* statüsündeki topraklara ilişkin herhangi bir sınırlama getirmediğinin ise altını çizmek gerekmektedir.²⁵² Böylece bir yandan *proletarii*’nin artan huzursuzluğu ve *assidui*’nin azalması sonucunda Roma ordusunun azalan asker kaynakları sorunu çözümlenirken, dağıtılan topraklardaki köle nüfusu azalacaktır. Ya da en azından böyle olması beklenmektedir.²⁵³

Burada *ager publicus*’un topraksız köylüye dağıtılması esnasında mülkün statüsünün *ager privatus* olarak değiştirilmesi üzerinde ayrıca durmak gerekmektedir. Belli ki Tiberius Sempronius Gracchus, bu düzenleme ile topraklarını dağıttıkları köylüleri, Roma’da karar alma erkini hala elinde bulunduran ve aynı zamanda topraklarından da olacak olan büyük toprak sahiplerine karşı korumak için hukuk sistemi içinde bir yol arayışındadır.²⁵⁴ Tiberius Sempronius Gracchus, tasarısına bir de yeni kurulan küçük çiftlikleri büyük çiftliklerin ekonomik basıncına, alım satım, borçlanma ve benzeri yollarla vb. el değiştirmelere karşı korumak ve böylece küçük toprak sahibi köylülerin tekrar mülksüzleşmesinin önüne geçmek amacıyla söz konusu toprakların alım satımına konu olamayacağı hükmünü eklemiştir.²⁵⁵

²⁴⁷ Appianus, age., s.19; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.142; Finley, age., s.114; Gabba, age., s.198; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.44; Richardson, agm., s.1; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.155.

²⁴⁸ Colognesi, age., s.183; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.142; Finley, age., s.114; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.155.

²⁴⁹ Altan, age., s.127; Appianus, age., s.19; Diakov/Kovalev, age., s.124; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.142; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.44; Richardson, agm., s.1; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.155.

²⁵⁰ Diakov/Kovalev; age., s.124; Richardson, agm., s.6.

²⁵¹ Appianus, age., s.19; Diakov/Kovalev, age., s.124; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.142; Finley, age., s.114; McNeill, age., s.166; Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.44; Rich, age., s.157; Richardson, agm., s.1-2.

²⁵² Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.44.

²⁵³ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.196; Truesdell S. Brown, “Greek Influence on Tiberius Gracchus”, *The Classical Journal*, 1974, C.42, S.8, s.472.

²⁵⁴ Colognesi, age., s.183.

²⁵⁵ Altan, age., s.127; Appianus, age., s.19.

Dağıtılacak toprakların İtalyan ve Latin müttefiklere bağlı olan topraksız köylülere de dağıtılıp dağıtılmayacağı konusunda elimizde net bir bilgi bulunmamaktadır.²⁵⁶ Burada dikkat etmemiz gereken husus *ager publicus*'tan Roma yurttaşı olmayan köylülere toprak dağıtılmasının ilk kez *Lex Sempronia Tiberiana*'da görülmediğidir. MÖ II. Yüzyıl boyunca Roma'nın İtalyan ve Latin müttefiklerinin yurttaşlarına *ager publicus*'tan toprak dağıtıldığına ilişkin çeşitli örnekler görülebilmektedir.²⁵⁷ Örneğin M.Ö. 197 senesinde kurulan Puteoli, Salernum ve Buxentum adlı yurttaş kolonilerinde Roma yurttaşı olmayan kimseler de iskân edilmişlerdir. Bu bilgi onlara toprak verildiği anlamına gelmektedir.²⁵⁸ Dolayısıyla Roma yurttaşı olmayan kimselerin yurttaş kolonilerine katılmaları karşılığında *ager publicus*'tan pay alabilmeleri Tiberius Sempronius Gracchus döneminden önce de karşımıza çıkan bir durumdur.²⁵⁹

Tiberius Sempronius Gracchus'un reformlarındaki yenilik (şayet varsa) söz konusu payın kolonilere katılma şartı olmadan verilmesi olmalıdır. Ne var ki burada da karşımıza bir başka mesele çıkmaktadır. *Ager publicus* ya da bir başka deyişle *ager Romanus* bir kez roma yurttaşı olmayan bir kimseye verildiğinde artık *ager Romanus* olmaktan dolayısıyla Roma'nın doğrudan kontrolünden çıkmaktadır.²⁶⁰ Bu nedenle olsa gerektir ki, Tiberius Sempronius Gracchus MÖ 132'de ikinci kez pleb tribünlüğüne aday olduğunda müttefik şehirlerinin yurttaşlarına Roma yurttaşlığı statüsü verilmesini vaatleri arasına koymuştur. Topraksız köylüler sorunu çözümlerken *ager Romanus*'un kaybedilmesinin de önüne geçilmesi söz konusu tasarının amaçlarından biri olsa gerektir. Anlatılanlara ek olarak, Tiberius Sempronius Gracchus'un reform programının ana hedeflerinden birinin yurttaş askerlerden müteşekkil olan ordunun²⁶¹ azalan insan kaynağı havuzunu genişletmek olduğunu hatırlarsak; İtalyan ve Latin köylülerinin de toprak sahibi kılınarak Roma ordusunun asker havuzuna dâhil edilmesinin amaçlanmış olabileceğini söylemek mümkündür.²⁶²

²⁵⁶ Richardson, agm., s.1.

²⁵⁷ Gabba, age., s.199; Richardson, agm., s.4.

²⁵⁸ Finley, age., s.108.

²⁵⁹ Richardson, agm., s.4.

²⁶⁰ Richardson, agm., s.7.

²⁶¹ Ordunun yurttaş askerlerden müteşekkil olması ilk başta sadece Roma yurttaşı olanların orduya katılabileceği anlamına geliyor gibi gözükse de M.Ö. II. Yüzyıl'a gelindiğinde Roma ordusunun yaklaşık yarısı ve bazen daha fazlası müttefiklerden ve *Latiniden* oluşuyordu. Bkz. Demircioğlu, age., s.181-184; Peter Astbury Brunt, *Italian Manpower 225 B.C.-A.D. 14*, Londra, Oxford University Press, 1. Baskı, 1971, s.677-686.

²⁶² Richardson, agm., s.5.

Anılan reformların tatbiki ise üç kişilik bir komisyon tarafından gözetilecektir.²⁶³ Komisyon, bir yandan Romalı büyük toprak sahiplerinin ellerindeki fazla toprağı devlet mülkiyetine geçirirken diğer yandan da topraksız köylüleri tespit edecek ve onlara *ager publicus*’tan yasa ile öngörülen paylarını verecektir.²⁶⁴ Komisyonun kamu mülkiyetine alınan topraklarla ilgili yetkileri ise aynı bir *lex iudicaria* ile düzenlenecektir.²⁶⁵

Mancinus meselesinden kaynaklanan nedenler ve Senatus mensuplarının malvarlıklarını tehdit eden bir tasarını kabul etmeyeceklerinin öngörülmesinden olsa gerek Tiberius Sempronius Gracchus tasarısını Senatus’a danışmadan doğrudan doğruya meclise götürmeye karar vermiştir.²⁶⁶ Buradan anlaşılmaktadır ki Tiberius Sempronius Gracchus, Senatus’un tasarısına karşı bir muhalefet geliştirmesinin önüne geçmek²⁶⁷ ve doğrudan doğruya pleblere dayanmak istemektedir. Her ne kadar hukuk tarafından yasaklanmamış olsa da politik açıdan bakıldığında Senatus otoritesini yok saymaya karşılık gelen bu adım, bir de reformun Romalı büyük toprak sahiplerinin malvarlıklarını azaltıcı ve sınırlayıcı nitelikleri ile birleştiğinde söz konusu reform programı Roma aristokrasisi tarafından ciddi bir tepkiyle karşılanmıştır.²⁶⁸

Senatus ve büyük toprak sahiplerinin tepkileri karşısında Tiberius Sempronius Gracchus, Senatus’a danışmadan hareket etme tasarısından vazgeçse de²⁶⁹ tasarıya yönelik tepkiler yatışmayacaktır. Her şeyden önce anılan reformlar, büyük toprak sahiplerinin mülklerinin sınırlanması ve büyük toprak mülkiyetini korumak merkezinde biçimlenen Roma geleneklerinin kesin bir biçimde ihlali anlamına gelmektedir.²⁷⁰ Çünkü neredeyse kutsal bir hak olarak tanımlanan toprak mülkiyetine yönelik kamusal bir müdahaleyi ve büyük toprak sahipleri aleyhine bir bölüşüm programını bünyesinde taşımaktadır. Tiberius Sempronius Gracchus’un reform girişimleri aynı zamanda II. Kartaca savaşının sonrasında beri toprak mülkiyetini ve diğer zenginlikleri Romalı büyük toprak sahiplerine aktaran sistemin de bozulması anlamına geldiği için önemli ölçüde tepki çekmiştir.²⁷¹ Tiberius Sempronius Gracchus, büyük toprak sahiplerinin reform tasa-

²⁶³ Appianus, age., s.19; Diakov/Kovalev, age., s.124.

²⁶⁴ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.193.

²⁶⁵ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.193.

²⁶⁶ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.201; Henderson, “Tiberius Gracchus and the Failure of the Roman Republic”, s.54.

²⁶⁷ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.202.

²⁶⁸ Boren, agm., s.358; Sage, agm., s.45.

²⁶⁹ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.202.

²⁷⁰ Richardson, agm., s.6; Wise-Bauer, age., s.690.

²⁷¹ Appianus, age., s.19; Astin, *Scipio Aemilianus*, s.193; Heaton, age., s.52.

rısına karşı muhalefet edeceklerini öngörmüş olsa gerektir.²⁷² Fakat bu öngörüsü onu reform programını yürütmekten alıkoymamıştır. Tiberius Sempronius Gracchus Romalı büyük toprak sahiplerinin muhalefetine karşı ihtiyaç duyduğu desteği, politikleşen ve politik taleplerini temsil ettirebilmek amacıyla kitleler halinde kente gelen pleb kitlelerinde bulacaktır.²⁷³

Romalı büyük toprak sahipleri, Tiberius Sempronius Gracchus'un reform programına karşı ilk adımda, halkı yasanın aleyhine döndürmeyi denemişler ve Appianus'un aktardığı üzere söz konusu topraklarda atalarının mezarları olduğu yahut ilgili toprakların çeyizle geldiği gibi gerekçelerle reformlardan kaçınmaya çalışmışlardır.²⁷⁴ Tiberius Sempronius Gracchus bu hamleyi halka yaptığı ve toprak sorunu, Romanın asker ihtiyacı ve köle sayısındaki artışı konu alan ateşli konuşmalarla²⁷⁵ pleblerin desteğini arkasına alarak savuşturmuştur.²⁷⁶ Tiberius Sempronius Gracchus'un bu hamlesi bize Roma'nın zenginleri ve yoksulları arasındaki mücadelenin kendisini *Lex Sempronia Tiberiana* üzerine yapılan mücadele nezdinde somutlaştırdığını göstermektedir.²⁷⁷ İlk hamlelerinin boşa çıktığını söyleyebileceğimiz Roma oligarşisi bir sonraki adımda diğer pleb tribünü olan M. Octavius aracılığıyla bir karşı çıkışı geliştirmeyi denemiştir.²⁷⁸ Temelde Tiberius Sempronius Gracchus'un reformlarına muhalif olsa da Tiberius ile arkadaşlığını sürdüren M. Octavius, Senatus oligarşisi tarafından ikna edilerek Tiberius Sempronius Gracchus'un tasarısına karşı veto yetkisini kullanır.²⁷⁹

Plutarkhos ve Appianus bize yasanın geçirilmesi için Tiberius Sempronius Gracchus'un M. Octavius'u ısrarla ikna etmeye çalıştığını ve M. Octavius arasında ciddi tartışmalar gerçekleştiğini ve hatta Tiberius Sempronius Gracchus'un yasayı geri çekerek yeni bir yasa önerdiğini aktarmaktadır.²⁸⁰ Ne var ki Tiberius'un yeni önerdiği yasa da asillerin *ager publicus*'tan aldıkları toprağı

²⁷² Rich, age., s.155.

²⁷³ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.199, 203; Henderson, "Tiberius Gracchus and the Failure of the Roman Republic", s.54; Rich, age., s.155; Williamson, age., s.5.

²⁷⁴ Appianus, age., s.21; Plutarkhos, age., s.29.

²⁷⁵ Williamson, age., s.34.

²⁷⁶ Plutarkhos, age., s.31.

²⁷⁷ Appianus, age., s.21.

²⁷⁸ Diakov/Kovalev, age., s.124; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.132; Plutarkhos, age., s.31.

²⁷⁹ Appianus, age., s.25; Astin, *Scipio Aemilianus*, s.203; David F. Epstein, "Inimicitia between M. Octavius and Ti. Gracchus, Tribuni Plebis, 133 B.C.", *Hermes*, 1983, C. 3, S.111, s.296; Geer, agm., s.30; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.155; Williamson, age., s.5.

²⁸⁰ Appianus, age., s.25-27; Plutarkhos, age., s.33.

sınırlamaya yönelik olduğu için bir yandan pleblerin desteğini toplarken asillerin de tepkisini çekmeye devam etmiştir.²⁸¹ Fakat söz konusu yeni öneri de Octavius tarafından kabul edilmeyecektir.²⁸²

M. Octavius’un ısrarlı tavrının sonucunda tasarının yasalaşma süreci ile o esnada Roma’da magistrallar tarafından yürütülen tüm mali nitelikteki işler Tiberius Sempronius Gracchus’un bir *justitium*’u ile durdurulmuş ve *Aerarium* da kilitlenmiştir.²⁸³ Tiberius Sempronius Gracchus bu hareketiyle sistemin kendisine verdiği olanakları Romalı toprak sahipleri ve diğer yöneticilerin direncini kırmak amacıyla kullanmıştır.²⁸⁴ Octavius’un Tiberius Sempronius Gracchus’un tüm ikna çabalarına²⁸⁵ karşı vetosunda ısrarcı olması ise şehre gelen ve oy kullanmak için bekleyen pleblerin tepkilerini sertleştirmekten başka bir işe yaramamıştır.²⁸⁶ Pleblerin Octavius’un vetosuna yönelik tepkileri ise Tiberius Sempronius Gracchus’un bir sonraki adımında iyice açığa çıkacaktır.

Tüm engelleme girişimlerin karşın Tiberius Sempronius Gracchus ve plebler toprak reformu arayışlarından vazgeçmeyeceklerdir. M. Octavius’un vetosu üzerine Tiberius Sempronius Gracchus, M. Octavius’un bir pleb tribününün yapması gerektiği gibi pleblerin haklarını savunmadığı gerekçesiyle artık pleb tribünü sayılamayacağını öne sürmüştür.²⁸⁷ Ardından da görevden uzaklaştırılmasını öneren yeni bir teklifi gündeme getirmiştir.²⁸⁸ Temelde kamusal bir görev üstlenen yurttaşın bu görevde kesintisiz bir yıl kalmasını ve ancak o bir yıldan sonra kendisinden hesap sorulabilmesini öngören Roma hukuku normları ve özellikle de consul’lerin *sacrosancti* ayrıcalıklarının²⁸⁹ ihlaline denk düşen²⁹⁰ bu teklif, Concilia Plebis Tributa’dan geçmiş ve böylece M. Octavius görevinden uzaklaştırılmıştır.²⁹¹ Octavius’un görevden uzaklaştırılması ile Tiberius Sempronius Gracchus, Senatus ve *Optimates* fraksiyonu ile uzlaşma imkânlarını

²⁸¹ Plutarkhos, age., s.33.

²⁸² Rich, age., s.155.

²⁸³ Altan, age., s.127; Astin, *Scipio Aemilianus*, s.204; Plutarkhos, age., s.31-33; Sage, agm., s.45.

²⁸⁴ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.204; Geer, agm., s.31.

²⁸⁵ Epstein, agm., s.296-297.

²⁸⁶ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.205.

²⁸⁷ Appianus, age., s.25-27; Astin, *Scipio Aemilianus*, s.205; Sage, agm., s.46; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.155.

²⁸⁸ Diakov/Kovalev, age., s.125; Henderson, “Tiberius Gracchus and the Failure of the Roman Republic”, s.55; Plutarkhos, age., s.35-37; Sage, agm., s.45-46.

²⁸⁹ Demircioğlu, age., s.176-177; Karakocalı, agm., s.74-75, 79.

²⁹⁰ Altan, age., s.128; Astin, *Scipio Aemilianus*, s.209; Plutarkhos, age., s.35; Rich, age., s.156.

²⁹¹ Altan, age., s.127; Appianus, age., s.27; Astin, *Scipio Aemilianus*, s.209; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.132; Plutarkhos, age., s.37.

ortadan kaldırırken pleblerin kitlesel desteğini arkasında toplamış ve böylece başlangıçta muhafazakâr bir nitelik arz eden reform hareketinin seyrinin pleblerin Senatus mensuplarına karşı mücadelesine entegrasyonu da tamamlanmıştır.²⁹²

M. Octavius'un görevden uzaklaştırılması ve yerine Quintus Mummius'un tribün seçilmesi²⁹³ ile birlikte Tiberius Sempronius Gracchus'un reform paketi Pleb Meclisi'nden geçmiştir.²⁹⁴ Ardından ise tasarının tatbik edilmesi amacıyla Tiberius Sempronius Gracchus, Gaius Gracchus ve Ap. Claudius Pulcher'den oluşan üç kişilik bir komisyon kurulup göreve başlamıştır.²⁹⁵ Komisyon, reformların hayata geçirilmesi amacıyla yargısal yetkilerle (*iurididictum*) donatılmıştır.²⁹⁶ Sahip olduğu yetkilerle komisyon, hangi arazilerin devlet mülkiyetine geçirileceğini belirleyecek, söz konusu arazilere el koyacak ve bu arazilerin yeniden dağıtımını sağlayacaktır.²⁹⁷

B. Reformların Uygulanmaya Başlanması

Tiberius Sempronius Gracchus'un toprak reformu karşıtlarının hamlesini savuşturması ve üçlü komisyonun çalışmaya başlaması, aristokratlar arasında Tiberius Sempronius Gracchus'a karşı olan tepkiler ve muhalefeti daha da yükseltmiştir.²⁹⁸ Muhalefet bu kez de kendini Senatus'un yetkilerini kullanarak gösterecektir. *Lex Sempronia Tiberiana*'nın uygulanabilmesi için kurulan komisyonun masraflarının *Aerarium*'dan karşılanması gerekmektedir. Ne var ki toprak reformu karşısında ciddi bir tepki gösteren Senatus mensupları günde bir buçuk *denarii*'lik bir ödenekten fazlasını ayırmayarak; komisyonun çalışmasını pratikte imkânsız hale getirmeye çalışmışlardır.²⁹⁹ Hatta Tiberius Sempronius Gracchus toprak dağıtımında kullanılması için *Aerarium*'dan çadır istediğinde dahi *Aerarium*'un kasalarını reformculara açmamışlardır.³⁰⁰

Büyük toprak sahipleri reformların uygulanmaması için sürekli yeni yolları denerken bir başka sorun da plebler cephesinde ortaya çıkmıştır. Tiberius Semp-

²⁹² Astin, *Scipio Aemilianus*, s.209; Williamson, age., s.6.

²⁹³ Appianus, age., s.27.

²⁹⁴ Appianus, age., s.27; Astin, *Scipio Aemilianus*, s.211; Williamson, age., s.5.

²⁹⁵ Altan, age., s.128; Appianus, age., s.27; Diakov/Kovalev, age., s.125; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.132; Özer-Sarıtaş, age., s.115; Plutarkhos, age., s.39; Umur, age., s.81.

²⁹⁶ Altan, age., s.127; Geer, agm., s.32; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.156.

²⁹⁷ Geer, agm., s.32; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.156.

²⁹⁸ Plutarkhos, age., s.39.

²⁹⁹ Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.156.

³⁰⁰ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.211; Plutarkhos, age., s.39.

ronius Gracchus’un reform paketi uyarınca, topraksız köylülere dağıtılacak olan topraklar karşılığında köylülerin cüzi de olsa bir kira ödemesi ve buna ek olarak toprakları işleyecek üretim araçlarını bulmaları gerekmektedir.³⁰¹ Ne var ki zaten topraklarını kaybetmiş ve yoksulluğa düşmüş olan Roma köylüsünün anılan ücreti ödemesi bile mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle de toprakların yeniden dağıtım süreci işleyememektedir. Tiberius Sempronius Gracchus tüm bu sorunları çözmek için yine radikal bir yolu tercih edecektir.³⁰²

Tiberius Sempronius Gracchus karşı karşıya kalınan bu yeni sorunu çözmek amacıyla o esnada hayatını kaybeden ve tüm kişisel serveti ile krallığını Roma’ya miras bırakan³⁰³ Bergama kralı III. Attalos’un³⁰⁴ mirasının toprak reformu programının geliri olarak kullanılması ve servetin bir kısmının da reformdan yararlanacak vatandaşların kendilerine bırakılan toprakları işleyecek aletleri alabilmeleri amacıyla bunlara dağıtılması için Roma’ya getirilmesi amacıyla bir yasa tasarısı önermeye karar vermiştir.³⁰⁵

III. Attalos’tan Roma’ya kalan servet ve Bergama Krallığı topraklarından elde edilecek olan gelirlerin toprakların köylülere dağıtılması sürecinde kullanılması amacıyla yine Tiberius Sempronius Gracchus tarafından hazırlanan tasarı Concilia Plebis Tributa’ya sunulur. Ne var ki bu sefer de tepki Senatus’tan gelmiştir.³⁰⁶ Roma hukuk sistemine göre eyaletlerin gelirlerinin yönetimine asıl söz sahibi olan Senatus³⁰⁷ Tiberius Sempronius Gracchus tarafından hazırlanan tasarının geleneklere aykırı olduğu iddiası ile Tiberius Sempronius Gracchus’a karşı cephe alacaktır.³⁰⁸ Tiberius ise Attalos’un krallığını Roma halkına bıraktığını ve Senatus’un bu konuda karar vermemesi gerektiğini sa-

³⁰¹ Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.156.

³⁰² Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.156.

³⁰³ Henderson, “Tiberius Gracchus and the Failure of the Roman Republic”, s.55; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.156.

³⁰⁴ III. Attalos, (Attalos Philometor) M.Ö. 138 yılında, babası II. Eumenes’in ardından Bergama kralı olmuştur. 33 yaşında kral olan Attalos Annesini çok sevdiği için *philometor* (annesini seven) sanı verilmiştir. M.Ö. 133 yılında Attalos meşru bir varis bırakmadan ölmüştür. Ölümü aynı zamanda Bergama krallığının da sonu olmuştur; çünkü Attalos vasiyetinde Bergama Krallığını Roma’ya bırakmıştır. Vasiyete göre Roma halkını ülkesinin ortak sahibi olarak atamıştır (*Populus Romanus bonarum Meorum heres esto*). Vasiyete göre Bergama, bir serbest şehir olarak idare edilecek; Attalos’un kişisel serveti ile saray, imalathane ve parkların gelirleri ise Roma halkının olacaktır. Bu hüküm Tiberius Gracchus tarafından Senatus’a karşı da kullanılacaktır. Bkz. Osman Bayatlı, *Bergama Tarihinde Krallık Devri*, 2. Baskı, İzmir, Bergama Belediyesi Kültür Yayınları, 1996, s.88-91.

³⁰⁵ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.212; Boren, agm., s.362; Diakov/Kovalev, age., s.125; Plutarkhos, age., s.41.

³⁰⁶ Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.142; Plutarkhos, age., s.41.

³⁰⁷ Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.156.

³⁰⁸ Altan, age., s.128.

vunmaktadır. Senatus'un direnişini kırmak isteyen Tiberius Sempronius Gracchus, tasarımı pleb tribünü sıfatıyla halka götürmeye karar verecektir.³⁰⁹

Tiberius Sempronius Gracchus'un bu hamlesi, pleblere dayanarak Senatus'un toplumsal etkisinin kınılmasına denk düştüğü için Tiberius Sempronius Gracchus'a yönelik muhalefeti şiddetlendirecektir.³¹⁰ Fakat muhalefete rağmen tasarı yasalasır ve Attalos'un hazinesi kurulan komisyonun emrine verilere reformlar uygulanmaya başlanır.³¹¹ Reformların somut olarak uygulanması ile birlikte Roma topraklarında küçük aile çiftlikleri kurulmaya başlamıştır. Günümüzde yapılan kazılarda bulunan ve üzerinde Tiberius Sempronius Gracchus'un toprak reformunun kayıtları olan sınırlar da bize reformların somut sonuçlar doğurduğunu göstermektedir.³¹²

Tiberius Sempronius Gracchus toprak reformunu uygulamaya koymasını yine pleblerin huzursuzluğunu gidermeye yönelik bir dizi değişiklik daha yapacaktır. Bu doğrultuda askeri seferlerin sürelerini azaltacak, mahkeme kararlarının halkın huzurunda temyiz edilebilmesi imkânını getirecek ve o zamana kadar senatörlerden oluşan³¹³ mahkeme kuruluna atlı sınıftan kimselerin de dahil olmasını tartışmaya açacaktır.³¹⁴ Anılan reformların toprak reformundan ayrılan özelliği ise bunların özellikle Senatus'un gücünü kırmaya yönelik olmasıdır.³¹⁵

Tiberius Sempronius Gracchus'a karşı olan tepkiler onun magistraların art arda iki kez seçilemeyeceğine ilişkin hukuk kuralına³¹⁶ aykırı bir biçimde³¹⁷ art arda ikinci kez pleb tribünlüğüne aday olduğu M.Ö. 132 yılı seçimlerinde tam anlamıyla bir krize dönüşecektir.³¹⁸ Gerçi Tiberius Sempronius Gracchus'un ihlal ettiği savunulan kural daha evvelde de ihlal edilmiştir. Annesinin babası olan Scipio Africanus art arda iki kez magistra seçilmiştir. Ne var ki Kartaca'yı fethi ile Romalı zenginlere yeni topraklar ve köleler getiren Scipio Africanus söz konusu olduğunda kabul edilebilen³¹⁹ bu ihlal, Romalı büyük toprak sahiplerinin top-

³⁰⁹ Plutarkhos, age., s.41.

³¹⁰ Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.156.

³¹¹ Diakov/Kovalev, age., s.125.

³¹² Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.143.

³¹³ Engels, age., s.149.

³¹⁴ Plutarkhos, age., s.47.

³¹⁵ Plutarkhos, age., s.47.

³¹⁶ Astin, "Roman Government And Politics", s.163.

³¹⁷ Umur, age., s.46; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.156.

³¹⁸ Altan, age., s.128; Barbette Stanley Spaeth, "The Goddess Ceres and the Death of Tiberius Gracchus", *Historia*, 1990 C.2, S.39, s.191; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.133; Rich, age., s.156.

³¹⁹ Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.156.

raklarını pleblere dağıtmaya çalışan Tiberius Sempronius Gracchus’a geldiğimizde büyük toprak sahiplerinin tepki göstermesine neden olmuştur.³²⁰ Pontifex Maximus P. Cornelius Scipio Nascia önderliğindeki³²¹ Romalı büyük toprak sahipleri seçimler esnasında Senatus’ta başlatan bir tartışmanın giderek kavgaya dönüşmesi sonrasında Tiberius Sempronius Gracchus ve takipçilerini tasfiye edecekler ve yakalanan Tiberius Sempronius Gracchus ve destekçileri hayatlarını kaybedeceklerdir.³²² Ama Tiberius Sempronius Gracchus’un hayatını kaybetmesi başlattığı reform hareketinin derhal sonlanması anlamına da gelmemektedir.

Senatus mensupları Tiberius Sempronius Gracchus’un hayatını kaybetmesi ile iyice yükselen pleb hareketinden çekindikleri için reform programını sonlandıramamışlardır.³²³ Topraklarını kaybetmiş pleb kitlelerinin desteğini kazanmış olan reform hareketi bir süre daha devam etmiş ve kurulan komisyon *Lex Sempronia Tiberiana*’yı uygulamıştır.³²⁴ Bu bize pleblerin politik hareketinin etkilerinin Senatus tarafından kabullenildiğini göstermektedir.³²⁵

Reformların devam ettiği süre zarfında yaklaşık 70.000 adet toprak payı dağıtılmıştır.³²⁶ Dağıtılan topraklarda ise yaklaşık 75.000 yurttaş iskân edilmiştir.³²⁷ Anılan rakam Roma ordularının asker kaynaklarında yüzde yirmilik bir artışa karşılık gelmektedir.³²⁸ Sadece bu veriler bile reform hareketinin başlı başına Romanın verili sınıf yapısına bir karşı çıkış olmaktan çok statükoyu korumak için alınmış atipik bir önlem olduğunu göstermesi açısından önemlidir. Fakat toprak reformunun zaman içinde Latium’un sınırlarını aşarak müttefiklerin topraklara yayılması Latin ve İtalyan toprak sahiplerinin Scipio Aemilianus’tan yardım istemesine neden olmuştur.³²⁹ Ordunun temel asker kaynaklarından biri olan müttefiklerin huzursuzluğu Roma oligarşisinin reform hareketine yönelik kabulünün sonunu getirmiş ve böylece Tiberius Gracchus’un eniştesi

³²⁰ Appianus, age., s.29.

³²¹ Boren, agm., s.358; John Richardson, *The Language of Empire: Rome and the Idea of Empire From the Third Century BC to the Second Century AD*, 1. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, s.52-53.

³²² Altan, age., s.129; Appianus, age., s.5, 33-35; Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.133; Jerzy Linderski, “The Pontiff and the Tribune: the Death of Tiberius Gracchus”, *Athenaeum*, 2002, S.90, s.364; Plutarkhos, age., s.53-57; Rich, age., s.156; Williamson, age., s.355.

³²³ Plutarkhos, age., s.57; Spaeth, agm., s.194.

³²⁴ Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, s.142; Geer, agm., s.32; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.159.

³²⁵ Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.159.

³²⁶ Diakov/Kovalev, age., s.126.

³²⁷ Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.159.

³²⁸ Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.159.

³²⁹ Geer, agm., s.32.

olan P. Cornelius Scipio ve Senatus M.Ö. 129 senesinde üçlü komisyonun yetkilerini Consul Tuditanus'a devrederek reform hareketini sonlandırmıştır.³³⁰

Gracchus kardeşlerin bu ilk reform girişiminin sonlandırılması, reformları dayatan sorunların çözümlenmesi ve çelişkilerin ertelenmesi sürecinin de kesin-tiye uğraması anlamına gelmektedir. Bu bağlamda anılan sorun ve çelişkiler bu kez Tiberius'un kardeşi Gaius Gracchus'un Tiberius'un reform programını da kapsayan yeni bir reform programı ile ortaya çıkması sonucunu doğuracaktır.

5. TİBERİUS GRACCHUS VE LEX SEMPRONIA'NIN TOPLUMSAL KARAKTERİ

Cumhuriyet genişledikçe köle emeğine dayanan latifundia sistemi yayılarak küçük köylülüğü tasfiye etmeye başlamıştır. Anılan tasfiye, pleblerin bir sınıf mücadelesi rotasına girmesine sebep olmuş ve sınıf mücadelesine mündemiç toplumsal talepler pleb tribünlüğü makamı üzerinden Roma düzeninde belirleyici etkiler üretmişlerdir. Pleb tribünleri, plebler tarafından seçilmeleri nedeniyle bu sınıfın toplumsal taleplerinin temsilcisi sıfatına haizdirler. Buna ek olarak yetkileri de pleblerin toplumsal taleplerinin devlet aygıtı içinde etki doğurabilmesi için bir olanak teşkil etmektedir. *Imperium* yetkisine sahip olmamakla beraber, Pleb Meclisi'ni toplantıya çağırabilmek, yargısal nitelikte karar verebilmek ve diğer magistraların pleblerin menfaatlerini ihlal eden kararlarını veto edebilmek gibi önem yetkilere sahip olan³³¹ ve pleblerin doğrudan seçimiyle göreve gelen pleb tribünlerinin, toplumsal çelişkilerin yüzeye vurduğu, plebler ve asiller arasındaki servet uçurumunun hızla genişlediği ve pleblerin kitlesel olarak yoksullaştığı bir dönemde, söz konusu çelişkilerin merkezine çekilecekleri söylenebilecektir.

Roma Cumhuriyeti içindeki toplumsal çelişkilerin şiddetlenmesi Roma yönetici sınıfı içinde pleblerle ittifak kurma eğilimlerini kuvvetlendirmiş ve buna bağlı olarak M.Ö. II. Yüzyıl'da Laelius'un ki başta olmak üzere bir dizi reform girişimi zaten denenmiştir. Özellikle Laelius'un reform girişiminin içeriğinin Tiberius Sempronius Gracchus'un girişimi ile olan benzerliği göz önüne alındığında *Lex Sempronia Tiberiana*'nın yeni bir buluş olmadığı, Roma'nın mevcut sınıf çelişkileri içinde zaten daha önceden de keşfedilmiş bir normatif pratiğin yeniden keşfedilmesine denk düştüğünün altının çizilmesi gerekir.³³² Yine de yasa tasarısının *Lex Sempronia Tiberiana* olarak bilinmesi ve birincil kaynaklarda da doğrudan Tiberius Sempronius Gracchus'la ilişkilendiriliyor olması

³³⁰ Altan, age., s.129; Geer, agm., s.33.

³³¹ Mommsen, *The History of Rome Vol I*, s.281-286.

³³² Astin, *Scipio Aemilianus*, s.192.

ile Tiberius Sempronius Gracchus’un süreç boyunca aldığı inisiyatif ve karşı karşıya kalınan sorunlara ilişkin tutturduğu radikal yollar bize tasarının şekillenmesi ve uygulanmasında Tiberius Sempronius Gracchus’un baskın aktör olduğunu da göstermektedir.³³³

Tiberius Sempronius Gracchus o dönemde *populares* adı verilen ve pleblerin toplumsal taleplerin devlet aygıtı içinde temsil etme iddiasında olan Senatus oligarşisinin reformist kanadının mensuplarından biridir.³³⁴ *Populares*’in en belirgin özelliği çıkarlarını temsil ettikleri yoksul kitleler gibi (en azından kriz dönemlerindeki halleri gibi) politik pozisyonları açık ve belirli bir toplumsal gruba denk düşmemesidir. *Populares* içinde gerçekten pleblerin talepleri ile yakınlık kuran kimseler olabildiği gibi, pleblerin desteğini politik bir yükselme aracı olarak kullanmayı amaçlayanlar yahut plebler ile kurulacak bir ittifak bağlamında Roma’ya ilişkin tespit ettikleri sorunları çözmeyi amaçlayan ve bu süreç içinde de pleblere bazı ödünler vermeyi kabullenmiş olan kimseler de mevcuttur.³³⁵ Hatta *populares* mensuplarının üretim ilişkilerindeki pozisyonunun altı çizildiğinde varsa şayet istisnai bir örnek dışında bunların köleler ve fetihlerin getirdiği zenginlikler üzerine kurulmuş olan statükodan vazgeçmeyecekleri, *optimates-populares* arasındaki farkında temelde statükonun biçimine ilişkin bir fark olduğu da söylenebilecektir.³³⁶ Tiberius Sempronius Gracchus büyük ölçüde bu üçüncü kategoriye dahildir.

Tiberius Sempronius Gracchus’un da içinde olduğu *populares* mensuplarının motivasyonları birbirinden farklı olsa da³³⁷ özellikle M.Ö. II. Yüzyıl’daki gibi bir kriz dönemleri geldiğinde ve buna bağlı olarak plebler siyasi ağırlıklarını hissettirmeye başladıklarında bireysel motivasyonlar tarihin hareket yasalarının gölgesinde kalmaktadır. Toplumsal mücadelelerin yüzeye çıktığı dönemlerde yönetici sınıfın fraksiyonlarının kendi aralarındaki mücadeleler, iradi yahut gayri iradi bir biçimde pleblerin toplumsal talepleri kesişebilmektedir.³³⁸ Tiberius Sempronius Gracchus örneğinde ise bu kesişme Tiberius Sempronius Gracchus’u başlangıçtaki amaçlarının ötesinde bir yere taşımıştır.³³⁹

Aslına bakıldığında Tiberius Sempronius Gracchus’un reform programı ilk ortaya çıktığında muhafazakâr nitelikler taşımaktadır. Reform programının,

³³³ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.192.

³³⁴ Mousourakis, *A Legal History of Rome*, s.44; Ste. Croix, age., s.445.

³³⁵ Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.76; Ste. Croix, age., s.445-446.

³³⁶ Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.76.

³³⁷ Mommsen, *The History of Rome Vol III*, s.76.

³³⁸ Mommsen, *The History of Rome Vol I*, s.274.

³³⁹ Ste. Croix, age., s.446.



Roma zenginlerine karşı eşitlik talep eden pleblerin sözcüsü olmaksızın Roma'nın bozulan askeri yapısını düzenleme, köle isyanlarının yarattığı tehdidi bastırma gibi amaçları ve ulaşılmak istenen sonucun cumhuriyetin bozulan düzenini geri getirme, *Leges-Liciniaie Sextiae*'nin hükümlerini tekrar yürürlüğe sokarak cumhuriyet yönetimini kendi köklerine döndürme gibi amaçları onun başlangıçtaki muhafazakâr karakterini açık bir biçimde göstermektedir.³⁴⁰

Tiberius Sempronius Gracchus'un reform girişiminin ilk ortaya çıkışı bu bağlamda Romalı büyük toprak sahiplerine yönelik bir politik hareket olarak adlandırılmayacaktır. Tiberius Sempronius Gracchus'un reform girişimini radikal hale getiren, reform programının cumhuriyet içindeki toplumsal mücadelelerin şiddetlendiği ve iyice yüzeye çıktığı bir döneme denk gelmesidir.³⁴¹ Reform sürecinde Senatus'un Tiberius Sempronius Gracchus'a yönelttiği tepkiler ve Numantia Seferi sonrasında yaşananlar göz önüne alındığında Tiberius Sempronius Gracchus'un her adımında artık iyice politikleşmiş olan pleblere yaslanmak zorunda kaldığı ve buna bağlı olarak da pleblerin taleplerine her adımda biraz daha yaklaştığı söylenebilecektir. Özellikle Octavius'un görevden alınması Tiberius Sempronius Gracchus'un Roma yönetici sınıfından kopuşunu tamamlamış ve böylece plebler ile bütünleşmesini geri dönülemez bir noktaya getirmiştir.³⁴² Velhasıl, Reform sürecinde Senatus'un gösterdiği tepkiler ile pleblerin eş zamanlı olarak söz konusu reform programını kendi toplumsal talepleri çerçevesinde sahiplenmelerinden ötürü *Lex Sempronia Tiberiana* ve onun mimarı Tiberius Sempronius Gracchus pleblerin toplumsal mücadelelerinin bir dışavurumuna dönüşmüşlerdir.

Tiberius Sempronius Gracchus'un reformlarını tahlil ederken dikkat edilmesi gereken en önemli şey ise söz konusu reformların yalnızca özgür yoksulları kapsamamasıdır.³⁴³ Reformlarda kölelere yahut köleliğe yönelik en ufak bir karşı çıkış yoktur. Kölelerin Tiberius Sempronius Gracchus'un reformları ile ilişkisi, artan sayıları ve isyanları nedeniyle bir sorun olarak görülmelerinden ibarettir. Bu noktada anılan dönemdeki mücadelelerin sadece özgür yoksullar ve özgür zenginler arasında olduğunun altını çizmek gerekir. Dolayısıyla anılan reform ve mücadelelerin sınırları belli ve verilidir.³⁴⁴

³⁴⁰ Gruen, age., s.387; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.157-158.

³⁴¹ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.200.

³⁴² Astin, *Scipio Aemilianus*, s.209.

³⁴³ Appianus, age., s.17-23; Finley, age., s.82.

³⁴⁴ Bkz. Karl Marx, *Louis Bonaparte'in 18 Brumaire'i*, (Çev) Sevim Belli, 5. Baskı, Ankara, Sol Yayınları, 2012, s.8-9.

Tiberius Sempronius Gracchus’un bu taleplerin sesi olmayı kabullenmesi elbette ki bize onun pleblere karşı bir sempati duyduğunu ve onların yoksulluğunu gidermek gibi bir isteğe sahip olduğunu söyleme imkanı vermektedir. Ne var ki Tiberius Sempronius Gracchus bir Roma konsülüdür ve bu bağlamda onun reform hareketine girişmesi salt diğerkâmlıkla yahut pleblerin toplumsal talepleri ile özdeşleşen radikal bir ideoloji ve bilinçle açıklanamaz.³⁴⁵ Tiberius Sempronius Gracchus’un genç, hevesli ve hırslı bir politikacı olduğunu dikkate aldığımızda bu husus daha da önem kazanmaktadır.³⁴⁶ Özellikle Gaius Julius Caesar’ın yükselişinde de göreceğimiz üzere yoksul kitlelerin Roma siyaseti üzerindeki etkileri çoğu kez asillerin iktidar mücadelesi içinde yoksullarla ittifak kurma yoluna gitmeleri ile sonuçlanmaktadır.³⁴⁷ Anılan ittifak politikası bir yandan ittifaka dâhil olan asillere pleb desteği sağlamakta diğer yandan da pleblerin toplumsal taleplerinin devlet aygıtı nezdinde somut sonuçlar doğurabilmesinin önünü açmaktadır. Bu bağlamda Tiberius Sempronius Gracchus’u reform yoluna sevk eden faktörlerden birinin de Roma yönetici sınıfı içerisindeki mücadele içinde pleblere dayanmak olduğunu söylemek mümkündür.³⁴⁸ Ama reformların sadece Tiberius Sempronius Gracchus’un pleblere bir lütfu olmadığını, reformları başlatan sürecin bizatihi pleblerin mücadelesi olduğunu da hatırlamak gerekir.³⁴⁹ Reformların tek kaynağının Tiberius Sempronius Gracchus’un vicdanı olduğunu yahut Tiberius Sempronius Gracchus’un katı bir pragmatizmle hareket ettiğini ve reformların Roma yönetimi içerisindeki hizip çatışmasının bir yansıması olduğunu savunmak da pleblerin tarihsel rollerini yok saymak olacaktır.³⁵⁰ Buna bağlı olarak Tiberius Sempronius Gracchus’un reform programının, Roma’nın oligarşik düzeninin sonlandırılması, asker sıkıntısının çözülmesi yahut köle isyanlarının yarattığı tehdide bir cevap gibi sıralanabilecek amaçlardan birine indirgemek de sorunlu olacaktır.³⁵¹ Tiberius’un reform girişimi hem tüm bu amaçları kapsamakta hem de pleblerin yürüttüğü mücadelelerin bu amaçlar üzerindeki dönüştürücü etkilerini bünyesinde taşımaktadır.

³⁴⁵ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.195; Henderson, “Tiberius Gracchus and the Failure of the Roman Republic”, s.52; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.157.

³⁴⁶ Appianus, age., s.19; Astin, *Scipio Aemilianus*, s.192; Henderson, “Tiberius Gracchus and the Failure of the Roman Republic”, s.52; Ward/Heichelheim/Yeo, age., s.157.

³⁴⁷ Bkz. Demircioğlu, age., s.173.

³⁴⁸ Richardson, agm., s.5.

³⁴⁹ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.200.

³⁵⁰ Ste. Croix, age., s.445.

³⁵¹ Astin, *Scipio Aemilianus*, s.194.

6. SONUÇ

M.Ö. II. Yüzyıl Roma Cumhuriyeti'nin tarihindeki en sancılı dönemlerinden birine denk düşmektedir. Genişleyen ve Akdeniz Havzası'na hâkim olan Roma Cumhuriyeti, ele geçirdiği topraklar ve köleler ile hâkimiyet kurduğu ticaret yollarının etkisi ile ciddi bir ekonomik-toplumsal krizi tecrübe etmektedir. Söz konusu krizin altında cumhuriyetin genişlemesinin üretim ilişkileri düzeyinde kışkırttığı dönüşümler yatmaktadır. Söz konusu dönüşümler köle emeğine dayanan ve pazar için kitlesel üretim yapan latifundia sisteminin gelişmesi ve eş zamanlı olarak mevcut köleci üretim tarzının ileri bir evresine geçilmesi ile köle emeğine dayanan üretimin üretim ilişkilerini belirleyici bir noktaya ulaşması olarak sıralanabilecektir.

Roma'nın geçirdiği bu dönüşümler Roma'nın küçük mülk sahibi yurttaş köylülerinin toplumsal pozisyonunu ciddi anlamda dönüştürecektir. O güne kadar Roma'nın üzerinde yükseldiği temel sınıflardan biri olan yurttaş köylüler, gerek cumhuriyetin fetihlerinin yarattığı demografik basınç, gerekse de gelişen latifundia ekonomisi ve denizaşırı ticaret bağlı olarak artan rekabetten ötürü kitleler halinde topraklarını kaybetmektedirler. Cumhuriyetin erken devirlerinde topraksız köylüler sorunu *ager publicus*'tan pay dağıtılarak çözülmesine rağmen M.Ö. II. Yüzyıl'a gelindiğinde artık topraksız köylü *ager publicus*'tan pay alamamakta ve bu durum yurttaş köylüler ile büyük toprak sahipleri arasındaki çelişkileri şiddetlendirmektedir. Yurttaş köylülerin topraklarını kitleler halinde kaybetmeleri ise beraberinde Roma ordularının asker kaynaklarının kurumasını getirmektedir. M.Ö. II. Yüzyıl'daki dönüşümlerin diğer önemli etkisi ise köleci üretim tarzında ileri bir evreye geçilmesine bağlı olarak köle emeğine dayanan üretimin üretim ilişkilerinde hâkim pozisyona yükselmesidir. Söz konusu dönüşüm hem topraklarından olan ve kentlere göçen yurttaşların iş kollarında kölelerin istihdam edilmesi sonucunda yoksul Roma yurttaşlarının huzursuzluğunu besleyecek hem de köleler ve efendiler arasındaki çelişkiler Roma'yı daha önce karşılaşmadığı kadar büyük köle isyanları ile sarsacaktır.

M.Ö. II. Yüzyıl'da cumhuriyetin içinde bulunduğu bu kriz haline karşı Roma yönetici sınıfı içinden reform önerileri üretilmeye başlanmıştır. M.Ö. 134'ün sonunda pleb tribünü olan Tiberius Sempronius Gracchus da bu önerilerden en ünlülerinden biri olan *Lex Sempronia-Tiberiana*'nın mimarıdır. Önerisinin içeriği ve etkileri dolayısıyla da Roma tarihinin en önemli figürlerinden biri haline gelmiştir. *Lex Sempronia Tiberiana*, temelde Roma Cumhuriyeti'nin karşı karşıya kaldığı krize çözüm olarak topraksız köylülerin *ager publicus*'tan pay verilerek topraklandırılmasını öngörmektedir. Böylece topraksız köylülerin huzursuzluğu giderilecek, Roma ordusunun kurumaya başlayan yurttaş-asker kaynağı beslenecek ve kırsaldaki köle nüfusu azaltılarak Romalıları korku için-

de bırakan köle isyanlarının önüne geçilebilecektir. En azından Tiberius Semp-ronius Gracchus böyle ummaktadır. Ne var ki reform girişimi Romalı büyük toprak sahiplerinin tepkisi ile karşılaşır. Senatus’un reform tasarısına karşı yük-selttiği sert muhalefet, Tiberius Sempronius Gracchus’a yükselen pleb dina-mizmi ile bütünleşmekten başka bir şans bırakmayacaktır. Böylece başlangıçta cumhuriyetin geleneksel toprak mülkiyeti rejimine dönüşü savunduğu ve köle-liğe karşı çıkmadığı için popülist tonları olan muhafazakâr bir reform paketine denk düşen *Lex Sempronia Tiberiana*, pleblerin toplumsal taleplerinin merkezi-ne oturacaktır. Tiberius’un pleblerle bütünleşmesi ise Roma oligarşisinin tepki-lerini daha da şiddetlendirecek ve sonuçta Tiberius Sempronius Gracchus’un reform programı sona erecektir.

Tüm bu anlatılanlar ışığında Tiberius Sempronius Gracchus ve onun başlat-tığı reform hareketi, Roma Cumhuriyeti’nin içinde bulunduğu toplumsal kriz dönemi ile Roma oligarşisi içindeki bir fraksiyonun muhafazakâr bir reform girişiminin birleştiği noktada anlaşılacak durumdadır. En nihayetinde Tibe-rius Sempronius Gracchus ve onun reform hareketi tarihten bağımsız değildir. Her ne kadar popülist tonlar taşısa da Tiberius Sempronius Gracchus’un temel derdi ne köleliğin ortadan kaldırılması ne de büyük toprak sahipleri ile küçük köylüler arasındaki eşitsizliklerin sonlanmasıdır. Onun temel derdi, Roma’nın karşı karşıya kaldığı ve yukarıda anlatılan yapısal sorunların çözümü için cum-huriyetin geleneksel toprak mülkiyeti sisteminin yeniden ihya edilmesidir. Ne var ki tarihin hayal gücü Tiberius Sempronius Gracchus’un hayal edebileceği-nin ötesindedir. Toplumsal krizin yoğunlaştığı ve pleblerin toplumsal mücadele-lerinin iyice yükseldiği bir dönemde başlayan reform hareketi, Roma’nın yöne-tici sınıfı içinde destek bulamayınca plebler reformları sahiplenmişler ve böyle-ce başka bir şansı kalmayan Tiberius Sempronius Gracchus ve destekçileri belki de hiç istemenden kendilerini pleblerin toplumsal taleplerinin sözcüsü olarak buluvermişlerdir. Velhasıl altı çizilmesi gereken yer, ne Tiberius Sempronius Gracchus’un diğerkâmlık ve alicenaplığı ne de *Lex Sempronia Tiberiana*’nın erdemleridir. Altı çizilmesi gereken yer hukukun içinde üretildiği tarih ve top-luma nasıl bağlı olduğu ve gerek Tiberius Sempronius Gracchus’un gerekse de *Lex Sempronia Tiberiana*’nın Roma Cumhuriyeti’nin toplumsal koşullarının kendilerini dışı vurma biçimleri olduğudur.

KAYNAKÇA

- Abbot, Frank Frost, *A History and Description of Roman Political Institutions*, Boston, Ginn&Co, 1911.
- Altan, Sabahat, *Roma Tarihinin Ana Hatları: I. Kısım Cumhuriyet Devri*, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 2014.
- Anderson, Perry, *Antikiteden Feodalizme Geçişler*, (Çev) Uygur Kocabaşoğlu, 1. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2017.
- Appianus, *Appian's Roman History*, (Çev) Horace White, Londra, The Loeb Classical Library, 1964.
- Astin A. E., *Scipio Aemilianus*, New York, Oxford University Press, 1967.
- Astin A. E., "Roman Government And Politics", *The Cambridge Ancient History Second Edition Vol VIII Rome and the Mediterranean to 133 B.C.*, (Ed) A. E. Astin/F. W. Walbank F. B. A./ M. W. Frederiksen/ R. M. Ogilvie, 7. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Aydoğdu, Murat, "Roma Hukukunda Toprak Sistemi ve Tarım Reformu Girişimleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Cevdet Yavuz'a Armağan*, 2016, C.22, S.3.
- Bayatlı, Osman, *Bergama Tarihinde Krallık Devri*, 2. Baskı, İzmir, Bergama Belediyesi Kültür Yayınları, 1996.
- Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953.
- Boren, Henry C., "Tiberius Gracchus: The Opposition View", *The American Journal of Philology*, 1961, C.82, S.4.
- Bozkurt, Gülnihal, "Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1981, C.38, S.1.
- Briscoe, John, "Supporters and Opponents of Tiberius Gracchus", *The Journal of Roman Studies*, 1974, C.64.
- Briscoe, John, "The Second Punic War", *The Cambridge Ancient History Second Edition Vol VIII Rome and the Mediterranean to 133 B.C.*, (Ed) A. E. Astin/F. W. Walbank F. B. A./ M. W. Frederiksen/ R. M. Ogilvie, 7. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Brown, Truesdell S., "Greek Influence on Tiberius Gracchus", *The Classical Journal*, 1974, C.42, S.8.
- Brunt, Peter Astbury, *Italian Manpower 225 B.C.-A.D. 14*, Londra, Oxford University Press, 1. Baskı, 1971.

- Brunt, Peter Astbury, *Social Conflicts in the Roman Republic*, 1. Baskı, Londra, Chatto and Windus, 1971.
- Cascio, Lo Elio, “Population and Demographic Studies”, *A Companion to the Archaeology of the Roman Republic*, (Ed) Jane DeRose Evans, 1. Baskı, Pondicherry, Wiley&Blackwel, 2013.
- Cato, Marcus Porcius, “On Agriculture”, *Marcus Porcius Cato: On Agriculture, Marcus Terentius Varro: On Agriculture*, (Çev) William Davis Hooper, (Ed) T. E. Page/E. Capps/W. H. D. Rouse, Londra, Loeb Classical Library, 1934.
- Colognesi, Luigi Capogrossi, *Law and Power in the Making of The Roman Commonwealth*, (Çev) Laura Kopp, 1. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- Cornell, Tim J., *The Beginnings of Rome: Italy and Rome From the Bronze Age to the Punic Wars, c.1000-263 BC*, Londra, Routledge, 1995.
- Crawford M., “Money and Exchange in the Roman World”, *Journal of Roman Studies*, 1970, C.60.
- D’Arms, John Haughton, *Romans on the Bay of Naples. A Social and Cultural Study of the Villas and Their Owners From 150 B.C. to A.D. 400*, Cambridge/Massachusetts, Harvard University Press, 1970.
- Demircioğlu, Halil, *Roma Tarihi I. Cilt: Cumhuriyet*, 5. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 2011.
- Denis, Henri, *Ekonomik Doktrinler Tarihi 1*, (Çev) Attila Tokatlı, 2. Baskı, İstanbul, Sosyal Yayınlar, 1982
- Diakov, V/S. Kovalev, *İlk Çağ Tarihi 2: Roma*, (Çev) Özdemir İnce, 3. Baskı, İstanbul, Yordam Kitap, 2015.
- Dixon, Suzanne, *Cornelia: Mother of the Gracchi*, 1. Baskı, New York, Routledge, 2007.
- Diñçkol, Bihterin, “Atina Demokrasısından Roma Cumhuriyetine-’Demos’tan ‘Populus Romanus’a”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Bülent Tahiroğlu’na Armağan*, 2017, C.23, S.3.
- Dyson, Stephen L., “Cosa”, *A Companion to the Archaeology of the Roman Republic*, (Ed) Jane DeRose Evans, 1. Baskı, Pondicherry, Wiley&Blackwell, 2013.
- Eckstein, Arthur M., *Mediterranean Anarchy: Interstate War and the Rise of Rome*, Berkeley&Los Angeles, University of California Press, 2006.
- Engels, Friedrich, *Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni*, (Çev) Kenan Somer, 18. Baskı, Ankara, Sol Yayınları, 2017.

- Epstein, David F., “Inimicitia Between M. Octavius and Ti. Gracchus, Tribuni Plebis, 133 B.C.”, *Hermes*, 1983, C. 3, S.111.
- Errington R. M., “Rome and Greece to 205 B.C.”, *The Cambridge Ancient History Second Edition Vol VIII Rome and the Mediterranean to 133 B.C.*, (Ed) A. E. Astin/F. W. Walbank F. B. A./ M. W. Frederiksen/ R. M. Ogilvie, 7. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Erskine, Andrew, *Roman Imperialism*, Chippenham&Eastbourne, Edinburgh University Press, 2010.
- Faulkner, Neil, *Marksist Dünya Tarihi: Neandertallerden Neoliberallere*, (Çev) Tuncel Öncel, 1. Baskı, İstanbul, Yordam Kitap, 2014.
- Faulkner, Neil, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, (Çev) Çağdaş Sümer, 1. Baskı, İstanbul, Yordam Kitap, 2015,
- Ferruci, Stefano, “Yunanistan’da Ekonomi”, *Antik Yunan*, (Ed) Umberto Eco, (Çev) Leyla Tonguç Basmacı, 1. Baskı, İstanbul, Alfa, 2017.
- Finley, Moses I., *Antik Çağ Ekonomisi*, (Çev) Hatice Palaz Erdemir, İstanbul, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, 2007.
- Forsythe, Gary, *A Critical History of Early Rome: From Prehistory to the First Punic War*, Berkeley&Los Angeles, University of California Press, 2005
- Fracchia, Helena, “Survey, Settlement and Land Use in Republican Italy”, *A Companion to the Archaeology of the Roman Republic*, (Ed) Jane DeRose Evans, 1. baskı, Pondicherry, Wiley&Blackwel, 2013.
- Frederiksen, Martin. W., “The contribution of archaeology to the agrarian problem in the Gracchan period”, *Dialoghi di Archeologia*, 1970, C.1, S.4-5.
- Gabba, E., “Rome and Italy in the Second Century B.C.”, *The Cambridge Ancient History Second Edition Vol VIII Rome and the Mediterranean to 133 B.C.*, (Ed) A. E. Astin/F. W. Walbank F. B. A./ M. W. Frederiksen/ R. M. Ogilvie, 7. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Gaius, *Institutiones*, (Çev) Edward Poste, Oxford, Clarendon Press, 1904
- Garnsey, Peter/Dominic Rathbone, “The Background to the Grain Law of Gaius Gracchus”, *The Journal of Roman Studies*, 1985, C.75.
- Geer, Russel, M., “Notes on the Land Law of Tiberius Gracchus”, *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, 1939, C.70.
- Goldsworthy, Adrian, *The Fall of Carthage*, Londra, Phoenix, 2006.
- Gruen, Erich S., *The Last Generation of Roman Republic*, Berkeley&Los Angeles, University of California Press, 1995.

- Harris, William Vernon, *Rome in Etruria and Umbria*, Oxford, Clarendon Press, 1971.
- Harris, William. Vernon., “Roman Expansion in the West”, *The Cambridge Ancient History Second Edition Vol VIII Rome and the Mediterranean to 133 B.C.*, (Ed) A. E. Astin/F. W. Walbank F. B. A./ M. W. Frederiksen/ R. M. Ogilvie, 7. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Heaton, Herbert, *Avrupa İktisat Tarihi*, (Çev) Mehmet Ali Kılıçbay/Osman Aydoğuş, 1. Baskı, Ankara, Paragraf Yayınevi, 2005.
- Henderson, M. I., “The Establishment of Equester Ordo”, *Journal of Roman Studies*, 1963, C.53.
- Henderson, M. M., “Tiberius Gracchus and the Failure of the Roman Republic”, *A Journal of Social and Political Theory*, 1968, S.31.
- Holleran, Claire, “Migration and The Urban Economy of Rome”, *Demography and the Graeco-Roman World: New Insights and Approaches*, (Ed) Claire Holleran/April Pudsey, 1. Baskı, New York, Cambridge University Press, 2011.
- Hopkins, K., *Conquerors and Slaves: Sociological Studies in Roman History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978.
- Hönig, Richard, *Roma Hukuku (İndeksler)*, (Çev) Şemseddin Talip, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1939.
- Johnston, David, *Roman Law in Context*, 2. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Jones A. H. M., “The Aerarium and the Fiscus”, *The Journal of Roman Studies*, 1950, C.40.
- Jones, A. H. M., “Taxation in Antiquity”, *A. H. M. Jones’s The Roman Economy: Studies in Ancient Economic and Administrative History*, (Ed), P. A. Brunt, Oxford, Blackwell, 1974.
- Karadeniz, Özcan, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri*, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.
- Karadeniz, Özcan, “Roma Hukukunda ‘Peculium’ Müessesesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1968, C.25, S.3-4.
- Karakocalı, Ahmet, “MAGISTRATE: The Most Important Political Body of The Roman Republic”, *Ankara Bar Review*, 2013, C.6, S.2.
- Keaveney, Arthur, *The Army in the Roman Revolution*, 1. Baskı, Oxon, Routledge, 2007.
- Küçük, Eşref, “Eski Roma’da Cumhuriyet Dönemi Halk Meclisleri ve Yasa Yapım Süreçleri”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C.7, S.1.

- Lewis, Andrew, "Slavery, Family and Status", *The Cambridge Companion to Roman Law*, (Ed) David Johnston, 1. Baskı, New York, Cambridge University Press, 2015.
- Linderski, Jerzy, "The Pontiff and the Tribune: the Death of Tiberius Gracchus", *Athenaeum*, 2002, S.90.
- Livius, Titus, *The Early History of Rome: Books I-V of History of Rome from its Foundations*, (Çev) Aubrey De Sélincourt, 3. Baskı, Londra, Penguin Books, 2002.
- Livius, Titus, *Rome and Italy: Books VI-X of the History of Rome from its Foundation*, (Çev) Betty Radice, 1. Baskı, Londra, Penguin Books, 1982
- Loane, H. J., *Industry and Commerce of the City of Rome (BC. 50-AD. 200)*, 1. Baskı, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1938.
- Lydos, Ioannes, *Romalıların Devleti'nin Makamları Hakkına I. Cilt*, (Çev) Fatih Onur, 1. Baskı, İstanbul, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, 2013.
- Marx, Karl, *Louis Bonaparte'in 18 Brumaire'i*, (Çev) Sevim Belli, 5. Baskı, Ankara, Sol Yayınları, 2012.
- McNeill, William H., *History Handbook of Western Civilisation*, 5. Baskı, Chicago, University of Chicago Press, 1961.
- Meiskins-Wood, Ellen, *Yurttaşlardan Lordlara: Eskiçağdan Ortaçağa Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi*, (Çev) Oya Köymen, 2. Baskı, İstanbul, Yordam Kitap, 2013.
- Mommsen, Theodor, *The History of Rome Vol I*, (Çev) William Purdy Dickson, New York, Cambridge University Press, 2009.
- Mommsen, Theodor, *The History of Rome Book III*, (Çev) William Purdie Dickson, Cambridge University Press, 2010.
- Morel, Jean-Paul, "The Transformation of Italy, 300-133 B.C. The Evidence of Archaeology", *The Cambridge Ancient History Second Edition Vol VIII Rome and the Mediterranean to 133 B.C.*, (Ed) A. E. Astin/F. W. Walbank F. B. A./ M. W. Frederiksen/ R. M. Ogilvie, 7. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Mousourakis, George, *A Legal History of Rome*, 1. Baskı, New York, Routledge, 2007.
- Mousourakis, George, *Fundamentals of Roman Private Law*, Berlin&Heidelberg, Springer Verlag, 2012.
- Nicolet, Claude, *The World of Citizen in Republican Rome*, California, University of California Press, 1980.
- Oğuzoğlu, H. Cahit, *Roma Hukuku*, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1959.
- Özer-Sarıtaş, Duygu, *Cumhuriyet Dönemi Roma Vergi Sistemi*, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2012.

- Patterson H./ H. di Giuseppe/R. Witcher, “Three South Etrurian “Crises”: First results of the Tiber Valley Project”, *Papers of the British School at Rome*, 2004, C.72.
- Plessis, Paul du, “Property”, *The Cambridge Companion to Roman Law*, (Ed) David Johnston, 1. Baskı, New York, Cambridge University Press, 2015.
- Plutarkhos, *Gracchus Kardeşler*, (Çev) Sema Sandalcı, 1. Baskı, İstanbul, Belge Yayınları, 2001.
- Potter, Timothy W., *The Changing Landscape of South Etruria*, Londra, Elek, 1979.
- Rich, John W., “The supposed Roman manpower shortage of the later second century B.C.”, *Historia*, 1983, C.3. S.32.
- Rich John W., “Tiberius Gracchus, Land and Manpower”, *Crises and the Roman Empire: Proceedings of the Seventh Workshop of the International Network Impact of Empire (Nijmegen, June 20-24, 2006)*, (Ed) Olivier Hekster/Gerda de Kleijn/Danielle Sloopjes, Leiden, Brill, 2007.
- Richardson, J. S., “The Ownership of Roman Land: Tiberius Gracchus and the Italians”, *The Journal of Roman Studies*, 1980, C. 70.
- Richardson, John, *The Language of Empire: Rome and the Idea of Empire From the Third Century BC to the Second Century AD*, 1. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Riggsby, Andrew M., *Roman Law and the Legal World of the Romans*, 1. Baskı, New York, Cambridge University Press, 2010.
- Roda, Isabel, “Hispania”, *A Companion to the Archaeology of the Roman Republic*, (Ed) Jane DeRose Evans, 1. baskı, Pondicherry, Wiley&Blackwel, 2013.
- Rosenstein, Nathan Steward, *Rome at War*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2004
- Roth, Jonathan, P., *The Logistics of the Roman Army*, Leiden, Brill, 1999.
- Russo, John Paul, “The Sicilian Latifundia”, *Italian Americana*, 1999, C.17, S.1.
- Sage, Evan T., “A Note on the Tribune of Ti. Gracchus”, *The Classical Journal*, 1913, C.9, S.2.
- Scheidel, W., “A Model of Real Income Growth in Roman Italy”, *Historia*, 2007, C.3, S.56.
- Schulz, Fritz, *Principles of Roman Law*, (Çev) Marguerite Wolff, 1. Baskı, Oxford, Clarendon Press, 1934.
- Scullard, H. H., *A History of the Roman World: 753 to 146 BC*, New York, Routledge, 2013

- Shatzman, Israel, "The Roman General's Authority over Booty", *Historia*, 1972, C.2, S.21.
- Smith, Richard Edwin, *The Failure of the Roman Republic*, 1. Baskı, Cambridge, University Press, 1955.
- Ste. Croix, Geoffrey Ernest Maurice de, *Antik Yunan Dünyasında Sınıf Mücadelesi*, (Çev) Çağdaş Sümer, 1. Baskı, İstanbul, Yordam Kitap, 2014
- Spaeth, Barbette Stanley, "The Goddess Ceres and the Death of Tiberius Gracchus", *Historia*, 1990 C.2, S.39.
- Şenel, Alaeddin, *Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üzerine*, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1970.
- Tellegen-Couperus, Olga, *A Short History of Roman Law*, New York, Routledge, 2003.
- Umur, Ziya, *Roma Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.
- Varro, Marcus Terentius, "on Agriculture", *Marcus Porcius Cato: On Agriculture, Marcus Terentius Varro: On Agriculture*, (Çev) William Davis Hooper, (Ed) T. E. Page/E. Capps/W. H. D. Rouse, Londra, Loeb Classical Library, 1934.
- Watson Alan, *The Law of Property in the later Roman Republic*, 1. Baskı, Oxford, Clarendon Press, 1968.
- Ward, Allen M./ Fritz M. Heichelheim/ Cedric A. Yeo, *A History of the Roman People*, 6. Baskı, New York, Routledge, 2016.
- Williamson, Callie, *The Laws of the Roman People: Public Law in the Expansion and Decline of the Roman Republic*, 4. Baskı, Ann Harbor, The University of Michigan Press, 2008.
- Wise-Bauer, Susan, *Antik Dünya: İlk Kayıtlardan Roma'nın Dağılmasına*, (Çev) Mehmet Morali, 3. Baskı, İstanbul, Alfa, 2018.
- Wiseman, T. P., "The Definition of 'Equus Romanus' in the Late Republic and Early Empire", *Historia*, 1970, C.1, S.19.
- Zubritski, Y/ D. Mitropolski/ V. Kerov, *İlkel Topluluk, Köleci Toplum, Feodal Toplum*, (Çev) Sevim Belli, 16. Baskı, Ankara, Sol Yayınları, 2017.

Velayet Hakkının Kullanılması, Velayetin Değiştirilmesi^(*)

Exercising Custody Right and Subsequent Modifications to the Custody Arrangements

Arş. Gör. **Özden ÖZER TAŞKIN**^(**)

Öz

Çocuğa ilişkin meselelerde dikkate alınması gereken temel ilke çocuğun yüksek yararı ilkesidir. Bugün artık velayet ana babanın çocuk üzerinde hakimiyet kurmasının aracı olarak değil, çocuğu hayata hazırlamasının bir aracı olarak kabul edilmektedir. Ana baba çocuğun bakımından, korunmasından, eğitiminden, temsilinden, çocuğun bedensel ve ruhsal iyiliğinden sorumludurlar. İdeal olan çocuğun aile ortamında ana ve babasının ortak sorumluluğu altında olmasıdır. Ancak bu ideal ortamın sağlanamadığı durumlar ortaya çıkabilir. Özellikle günümüzde, aile birlikteliğinin daha kolay çözümlenmesi, aile ortamında olan bitenin dış dünyaya daha rahat aktarılabilir olması, çocuk kavramının değişip çocuğun hakları olan bir birey olduğu anlayışının yerleşmesi gibi nedenlerle velayete müdahale alanı genişlemiştir. Çocuğun yararının gerektirdiği her durumda, somut olayın tüm verileri değerlendirilerek velayet kurumunun düzenlenmesi gerekir. Ana baba ya da çocuğa ilişkin koşullar nedeni ile velayette değişikliğe gitmek gerekebileceği gibi çocuğa ilişkin alınabilecek en ağır tedbir olan velayetin kaldırılması da gündeme gelebilir.

Anahtar Kelimeler

Velayet, Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi, Velayetin Hakkının Kullanılması, Velayet Düzenlemesinin Değiştirilmesi, Velayetin Kaldırılması.

Abstract

The best interest of the child, is the most important principle that has to be considered in all matters concerning the child. Today custody is no longer considered as a means for parents to dominate the child, but as a means to prepare the child for life. Parents are responsible for the care, protection, education, representation, physical and mental well-being of the child. Ideally, the child should be in a family in the joint custody of parents. However, there may be situations where this ideal environment cannot be achieved. Especially today, the intervening area to custody has expanded due to reasons such as easier disintegration of family, sharing family problems with outside world more easily, change of child concept and the understanding that the child is an individual with rights. In all cases where the best interest of the child requires, the custody should

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 24.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 26.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 13.09.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 26.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 11.09.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
E-mail: ozdenozzer@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0003-1857-4830>.

be arranged by evaluating all characteristics of the case. Due to the conditions related to parents or child, it may be necessary to rearrange the custody or removal the custody which is the heaviest measure that can be taken to protect child.

Keywords

Custody, The Best Interest of the Child, Practicing Custody, Rearrangement of the Custody, Removal the Custody.

GİRİŞ

İnsan yavrusu, hayatını tek başına sürdürebilecek hale gelene kadar bakım görmeye ve korunmaya muhtaçtır. Çocukluk dönemi olarak adlandırılan bu dönemde, çocuğu yetişkin hayatına hazırlama görevinin öncelikle biyolojik ana babada olduğu kabul edilmektedir.¹ Biyolojik ana babaya, çocuğun bakımı, gözetimi, korunması ve hayata hazırlanması için yetkiler verilmesi amacıyla velayet kurumu düzenlenmiş, velayetin süresi de çocukluğun sonu ile çocuğun hayata hazır hale geldiği varsayımına dayalı olarak çocukluk döneminin sona ermesine bağlanmıştır.² Günümüzde velayet, çocuk üzerinde otorite ve egemenlik kurma aracı olarak kabul edilmemekte, ana babaya çocuğu yetişkin hayatına hazırlamaları için tanınan ve birtakım görevleri de içeren bir yüküm-hak olarak görülmektedir.³

Velayetin asıl amacı, her koşulda çocuğun yüksek yararı⁴ gözetilerek, çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal ve ahlaki bakımdan hayata hazırlanmasıdır.⁵ Bu süreçte çocuğun bakımı, gözetimi, korunması, temsili, eğitilmesine ilişkin

¹ Sevgi Usta, *Velayet Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 1.

² Usta, a.g.e., s.1.

³ Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 4. Bası, Ankara, Pegem Akademi, 2015, s.223; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s.250; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s.1076; Aydın Zevkililer/ M.Beşir Acabey/ K. Emre Gökyayla, *Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000, s.1016; Bilal Köseoğlu/ Köksal Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, Bursa, Ekin Yayınevi, 2011, s. 431.

⁴ Çocuğun yüksek yararı ilkesi, çocuk hukukunun en temel ilkesidir. Ancak çocuğun yüksek yararı kavramının tanımı yapılmamıştır. Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 3'e göre "Kamusal ya da sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı esas alınır". Sözleşmenin 3. Maddesi ışığında, çocuğu ilgilendiren her durumda ve her kararda mutlaka çocuk için mümkün olan en iyi çözüm tercih edilmelidir. İlke gerek devletin gerek özel kurumların yürüttüğü ve bir grup olarak çocuğu ilgilendiren her türlü işlemle ilgilidir. Rachel Hodgkin/ Peter Newell, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı*, UNICEF, 2003, s. 40. Kavramın, esnek ve hâkimin takdirine açık olduğu, belirli bir olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi ve somutlaştırılması gerektiği kabul edilmektedir. Serozan, a.g.e., s.65; Yıldız Abik, *Türk Medeni Kanun'daki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi*, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 8.

⁵ Akyüz, a.g.e., s.223.

kararları alma hakkı ve sorumluluğu ana babadadır. Bu nedenle çocukluk dönemi sona erene kadar, velayet hakkının kullanılmasını olumsuz yönde etkileyecek bir değişiklik halinde ya da velayet hakkının kötüye kullanılması durumunda çocuğun yararını korumak ve geleceğini güvence altına almak üzere velayetin kullanımına ilişkin yeni bir düzenlemeye gitmek gerekir.

1. MADDİ HUKUKTA VELAYET HAKKINA GENEL BİR BAKIŞ

Çocukluk süreci hukuku ilgilendiren bir süreçtir. Hukukta çocuk kavramı hem ana baba ile olan soybağını hem de yetişkinlikten önceki dönemi ifade etmek üzere kullanılır. Hukuk düzeninin belirlediği yaşa kadar insan çocuktur, yetişkin kabul edilenin sahip olduğu bağımsızlığa sahip değildir ve özel bir statüye tabidir. Özel statü içerisindeki çocuk üzerindeki yetki, çocuktan ana babanın sorumlu olduğu kabul edilerek, ana babaya velayet kurumu aracılığıyla verilmiştir.

Velayet Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 335-351'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. TMK uyarınca velayet, çocukların bakım, eğitim, öğretim ve korunması ile temsil görevlerini kapsar.⁶ Ana babaya velayet hakkıyla verilen yetki, çocuğun bakımı, çıkarlarının korunması, temsili, eğitimi, malvarlığının yönetimi için hukuki bir temel oluşturmaktadır.⁷ Velayetin nihai hedefi çocuğu bağımsız bir birey haline getirmektir.⁸ Ana baba velayetten doğan hak ve yetkilerini çocuğun yüksek yararını gözeterek kullanmak yükümlülüğü altındadır.⁹ Dolayısıyla velayet hakkı bu hakkı kullanan ana babanın yararına değil çocuğun yararına tanınmış bir haktır.¹⁰ Bugün artık kabul edilen haliyle velayet, çocuk üzerinde hakimiyet kurma amacına hizmet eden ana babanın kişilik hakkı değil, ana babaya yönelik görevler içeren bir yükümlüdür.¹¹ Ana baba bu hakkı kullanmakla yükümlüdür ve hakkını kullanırken devletin kontrolü altındadır.¹²

⁶ YHHK, 2011/ 2-884 E., 2012/197 K., 16.3.2012 T. www.kazanci.com.tr.

⁷ Öztan, a.g.e., s. 1074.

⁸ Öztan, a.g.e., s. 1074.

⁹ Öztan, a.g.e., s.1074; Akyüz, a.g.e., s.224.

¹⁰ Serozan, a.g.e., s.250; Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, s. 359; Akyüz, a.g.e., s. 223; Öztan, a.g.e., s.1075; Ömer Uğur Gençsan, *Aile Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 1530.

¹¹ Öztan, a.g.e., s.1076.

¹² Öztan, a.g.e., s.1076.



2. VELAYET HAKKININ KULLANILMASI

A. Evlilik Sırasında Velayet Hakkının Kullanılması

Yasal sebeplere dayanarak velayet, ana babadan veya ana babadan birinden alınmadıkça, ergin çocuk ana babasının velayeti altındadır (TMK m.335/ I). Evli ana babanın velayet hakkı çocuğun doğumu ile başlar, evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar (TMK m.336/ I). Ana baba, velayet hakkına birlikte sahip olmakla beraber, eşlerden her biri velayetin kullanılmasından diğerinden bağımsız olarak sorumludur.¹³ Dolayısıyla, çocuğa ilişkin kararları alırken ana baba kural olarak birlikte hareket etmek zorundadırlar, ancak ana babadan biri velayete ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınırsa sadece kaçınan tarafa ilişkin tedbir uygulanması ya da velayetin kaldırılması söz konusu olmaktadır.¹⁴ Ayrıca ana babadan her biri, diğerinin rızasına dayanarak bir takım iş ve işlemleri tek başına yapabilir¹⁵

Evli ana baba tarafından velayet hakkının birlikte kullanılması evlilik birliğinin unsurlarından biridir.¹⁶ Bu nedenle, velayetin kullanılmasında eşler, evlilik birliğinin genel hükümlerine uygun hareket etmelidirler. Medeni Kanun, birliğin korunması başlığı ile, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşlerin ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebileceğini düzenlemiştir (TMK m.195/ I). Bu nedenle, ana baba çocuğa ilişkin verecekleri bir kararda uyuşmazlığa düşecek olurlarsa, birlikte veya eşlerden biri tek başına hâkimin konuya ilişkin müdahalesini isteyebilir. Uyuşmazlığın giderilmesine yönelik olarak hâkim, eşlerin ortak bir kararda uzlaşmalarına yönelik yol gösterecek, gerektiğinde uyuşmazlık konusunun çözülebilmesi için karar verme hakkını, çocuğun yararı bakımından en sağlıklı kararı vereceğini düşündüğü eşe tanıyacaktır.¹⁷

Ana baba, velayet hakkından kısmen veya tamamen vazgeçemezler, bu hakkın kendilerinden alınmasını isteyemezler, velayet hakkını üçüncü kişilere devredemezler.¹⁸ Ana baba, çocuğa ilişkin hukuki işlemleri yaparken, kendi işlerinde gösterdikleri özen ve dikkati göstermek zorundadırlar; aksi halde ana

¹³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, a.g.e., s. 359; Usta, a.g.e., s.106; Akyüz, a.g.e., s.230; Cem Baygın, Soybağı Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s.262.

¹⁴ Usta, a.g.e., s.106.

¹⁵ Akyüz, a.g.e., s.230.

¹⁶ Usta, a.g.e., s.107; Akyüz, a.g.e., s.230.

¹⁷ Serozan, s. 137; Akyüz, a.g.e., s.230.

¹⁸ Öztan, a.g.e., s.1080; Akyüz, a.g.e., s.230.

ve baba sorumlu olurlar.¹⁹ Ana baba, çocukla ilgili işlerde yardım ya da danışmanlık alacakları üçüncü kişileri özenle seçmek ve denetlemekle yükümlüdür.²⁰

Ana ve baba velayet hakkını çocuğun üstün yararını gözeterek ve çocuğun hakkında verilecek kararlara ilişkin görüşlerini göz önünde tutarak kullanacaktır (TMK .339/ I-II).

Ana babanın evlilik içerisinde olmasına rağmen, eşlerden birinin fiilen velayet hakkını kullanması imkânsız olduğunda (hastalık, askerlik gibi sebeplerle) diğer eşin, tek başına velayet hakkını kullanabileceği kabul edilmelidir.²¹ Tek başına velayeti kullanan taraf, fiili imkânsızlıktan önce velayeti birlikte kullanırken belirledikleri ilkelere göre velayet hakkını kullanmalı, koşulların izin verdiği ölçüde diğer tarafı bilgilendirmelidir.²²

Ana babanın evlilik bağı içerisinde olmasına rağmen, eşlerden birinin velayet hakkını tek başına kullanması, diğer eşin velayet hakkından yoksun bırakılması nedeni ile de olabilir. Velayet hakkından yoksun bırakılma, ana babadan birinin kasten işlediği bir suçtan mahkumiyetinin sonucu olarak düzenlenmiştir (Türk Ceza Kanunu m. 53). Cezanın infazı tamamlanıncaya kadar ana ya da baba velayet hakkını kullanamayacağından diğer eş, velayet hakkını tek başına kullanacaktır.

Velayet ana babadan birinin ölümü halinde sağ kalan tarafa aittir (TMK m.336/ III).

B. Eşlerin Birlikte Yaşamaya Ara Vermesi Halinde

Evlilik devam etmesine rağmen eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin veya ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düştüğü gerekçesi ile birlikte yaşamaya ara verme kararı verebileceği gibi (TMK m.197/ I) eşler aralarında anlaşarak da ayrı yaşamaya karar verebilirler. Birlikte yaşamaya ara verilmesi, evlilik birliğinin korunması amacıyla düzenlenmiş bağımsız bir tedbir olarak tanımlanmaktadır.²³ Bu nedenle, TMK m.197’de öngörülen tedbirin bir boşanma talebine dayanması gerekmemektedir.²⁴

¹⁹ Öztan, a.g.e., s.1081; Akyüz, a.g.e., s.230.

²⁰ Öztan, a.g.e., s.1081; Akyüz, a.g.e., s.230.

²¹ Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku İkinci Cilt*, 18. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016, s. 408; Usta, a.g.e., s.109; Baygın, a.g.e., s.264.

²² Akyüz, a.g.e., s.231; Usta, a.g.e., s. 109.

²³ Canan Yılmaz, *Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s.9.

²⁴ Yılmaz, a.g.e., s.10.



Birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda, hâkim, ergin olmayan çocuklar bakımından, ana baba ile çocuklar arasındaki ilişkiyi düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri alır (TMK m. 197/ IV). Hâkim, çocuğa ilişkin bütün tedbirleri, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde alınacak diğer tedbirlerden farklı olarak, eşlerin bu yönde bir talebi olmasa da kendiliğinden alacaktır.²⁵ Bu bağlamda hâkim, çocuğun kimin yanında kalacağına, çocukla diğer eş arasında kişisel ilişki kurup kurulmayacağına ve bunun kapsamına, çocuğa ödenecek nafaka²⁶ miktarına karar verir.²⁷ Düzenlemelerin sağlıklı yapılabilmesi için gereken hâkimin boşanma davasındaki gibi kendiliğinden, sınırsız ve geniş araştırma yapma yetkisi, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde de geçerlidir.²⁸ Hâkim, TMK m.197/ IV'e dayanarak çocuğa ilişkin gereken önlemleri alabilir ancak TMK 346 ve devamındaki maddelerde düzenlenen çocuğu koruyucu önlemlere başvuramaz, özellikle velayetin kaldırılması yoluna gidemez.²⁹ Çocuk lehine alınacak tedbirlerin amacı çocuğun yüksek yararının korunmasıdır. Birlikte yaşamaya ara verilmesi kural olarak geçici bir süre içindir, çocuğa ilişkin alınacak tedbirlerde amaç çocuğun yüksek yararını gözeterek bu geçici sürede mümkün olduğu kadar az zarara uğramasını sağlamaktır.³⁰

TMK m.336/ II uyarınca, "Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse, hâkim, velayeti eşlerden birine verebilir". Hüküm hâkime takdir yetkisi tanımaktadır. Zira "eşlerden birine verebilir" ifadesinden hâkimin velayeti eşlerden birine verebileceği gibi, çocuğu eşlerden birinin himayesine bırakıp, velayetin eşler tarafından birlikte kullanılmasına karar verebileceği anlaşılmaktadır.³¹ Öğretide, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde velayetin eşlerden birine bırakılması konusunda farklı görüşler vardır.³² Görüşlerden biri, boşanmadaki gibi velayetin taraflardan birine verilmesinin eşler arasındaki ilişkiyi daha da bozabileceği, tekrar bir araya gelme durumunda ayrı yaşanan zamanda çocuğa ilişkin alınan kararların tartışma ve huzursuzluk nedeni olabileceği oysa ki birlikte yaşamaya ara verme düzen-

²⁵ Öztan, a.g.e., s.371; Dural/ Öğüz/ Gümüş, a.g.e., s.192; Yılmaz, a.g.e., s.163

²⁶ Çocuğun özel olarak korunma ihtiyacı nedeniyle çocuğa ödenecek nafaka, eşe ödenecek nafakadan önceliklidir. Öztan, a.g.e., s.372.

²⁷ Öztan, a.g.e., s. 371; Dural/ Öğüz/ Gümüş, a.g.e., s.192; Yılmaz, a.g.e., s.163.

²⁸ Yılmaz, a.g.e., s.165.

²⁹ Öztan, a.g.e., s.371; Yılmaz, a.g.e., s.165.

³⁰ Yılmaz, a.g.e., s.168.

³¹ Cengiz Koçhisarlıoğlu, *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 25; Baygın, a.g.e., s.264; Usta, a.g.e., s. 110; G.Elçin Grassinger, *Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s.9; Öztan, a.g.e., s.1089.

³² Görüşler için bkz. Emine Akyüz, *Medeni Kanun'a Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması*, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1983, s. 37.

lemesindeki amacın evlilik birliğini korumak olduğunu ileri sürmektedir.³³ Ayrıca boşanmanın velayete ilişkin sonuçlarını elde etmek ama çeşitli nedenlerle boşanmak istemeyen tarafın birlikte yaşamaya ara verilmesi yoluyla istediği sonucu elde edebileceği ileri sürülmektedir.³⁴ Diğer görüşe göre, çocuğun güvenliği, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde velayetin eşlerden birine verilmesini gerektirmektedir.³⁵ Zira ayrı yaşayan eşler arasında çocuğa ilişkin ortak karar vermek ve verilen kararları zamanında uygulamak güçleşecek, yaşanan tartışma ortamı çocuğu daha da olumsuz etkileyebilecektir.³⁶ Öğretide bu imkândan istisnai ve dikkatli olarak yararlanmak gerektiği de belirtilmektedir.³⁷ Ana baba arasındaki mesafenin uzak olması gibi, ana babanın çocuk hakkında birbirleri ile haberleşme imkanının olmaması gibi istisnai durumlarda, velayetin eşlerden birine bırakılabileceği kabul edilmektedir.³⁸ Çocuk ile ilgili alınacak her türlü kararda çocuk hukukuna damgasını vuran, öncelikli ilke olarak dikkate alınması gereken çocuğun yüksek yararı ilkesidir. Bu nedenle, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde çocuğun yüksek yararı, velayetin eşlerden birine verilmesini gerektiriyorsa, evlilik birliğinin akıbetine bakılmaksızın bu yönde bir karar vermek gerekir. Ancak çocuğun velayetinin eşlerden birine verilmesini gerektiren koşullar yoksa, hâkim, velayet hakkını ana babada bırakmalı, sadece çocuğun yanında kalacağı tarafı belirlemeli, gerekiyorsa çocuk ve ana baba için destekleyici tedbirlere karar vermelidir.³⁹

C. Eşlerin Ayrılığına Karar Verilmesi Halinde

TMK m.167'ye göre, boşanma davası açmaya hakkı olan eş, dilerse boşanma, dilerse ayrılık isteyebilir. Dava yalnız ayrılığa ilişkinse hâkim, boşanmaya karar veremez. Dava boşanmaya ilişkinse, ancak ortak hayatın yeniden kurulması olanağı varsa, hâkim bir yıldan üç yıla kadar ayrılığa karar verebilir.

TMK m. 336/ II hükmüne dayanarak hâkim, çocuğun yararını gözeterek velayeti eşlerden birine verebileceği gibi düzenlemenin zıt anlamını dikkate alarak, velayetin eşler tarafından birlikte kullanılmasına devam edilmesi yönünde de karar verebilir.⁴⁰ Ayrılık kararının temelinde genelde eşler arasındaki ağır anlaşmazlıklar yatar ama bir taraftan da ayrılık kararı evliliği korumaya yönelik-

³³ Akyüz (1983), a.g.e., s. 38.

³⁴ Akyüz (1983), a.g.e., s.38.

³⁵ Akyüz (1983), a.g.e., s.38.

³⁶ Akyüz (1983), a.g.e., s.38.

³⁷ Yılmaz, a.g.e., s.169.

³⁸ Yılmaz, a.g.e., s. 169.

³⁹ Usta, a.g.e., s. 111; Baygın, a.g.e., s. 265.

⁴⁰ Koçhıasarlıoğlu, a.g.e., s. 25; Grassinger, a.g.es., s.9; Usta, a.g.e., s.111; Baygın, a.g.e., s.265; Öztan, a.g.e., s.1089.

tir.⁴¹ Eşlerin bir zaman sonra tekrar bir araya geleceği ümit edilir. Bu nedenle, ayrılık kararına rağmen eşler velayeti birlikte yürütebileceklerse, hâkimin takdir hakkını bu yönde kullanması uygun olacaktır.⁴² Ancak hâkim, her şeyden önce çocuğun yüksek yararını gözetmeli, çocuk bakımından ana babadan birinin velayetinde olmak daha uygun olucaksa takdir hakkını bu yönde kullanmalıdır.⁴³ Ayrıca hâkim, TMK m. 348'deki şartların varlığı halinde, ana babanın her ikisinden de velayetin kaldırılması kararı verebilir.⁴⁴

TMK m. 183 hükmü gereği, boşanma sonrası velayet kendisine verilen tarafın ölümü, kısıtlanması veya velayet hakkının elinden alınması halinde, velayet sağ kalan tarafa kendiliğinden geçmez;⁴⁵ diğer tarafın velayet hakkına sahip olabilmek için, hâkimden verdiği kararı değiştirmesini talep etmesi gerekir.⁴⁶ Öğretide, boşanmaya uygulanan hükmün, çocuğun yararı açısından ayrılık kararı bakımından da geçerli olması gerektiği savunulmaktadır.⁴⁷ Ayrılık nedeni ile velayet kendisine verilen tarafın ölümü, kısıtlanması veya velayet hakkının elinden alınması halinde velayet kendiliğinden sağ kalan tarafa geçmemeli, hâkim, çocuğun yararını gözeterek yeni bir karar vermelidir.⁴⁸

D. Boşanma Halinde Velayetin Velayet Hakkının Kullanılması

Medeni Kanun 336/ III'e göre, boşanma halinde, hâkim velayeti ana babadan birine verecektir. Bugüne kadar, öğretide⁴⁹ ağır basan görüş hükümde kural içi bir boşluk olmadığı, kanun koyucunun boşanmada velayet hakkının ana babadan birine verilmesini istediği ve bu nedenle hâkimin velayet hakkını ana babadan birine vermekle yükümlü olduğu yönündeydi.⁵⁰ Bu görüş, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bu konudaki görüş değişikliğine kadar yargı kararlarına da

⁴¹ Koçhisarlıoğlu, a.g.e., s. 28.

⁴² Grassinger, a.g.es., s.9; Usta, a.g.e., s.111; Baygın, a.g.e., s.265.

⁴³ Öztan, a.g.e., s.714; Baygın, a.g.e., s.265; Usta, a.g.e., s.111.

⁴⁴ Öztan, a.g.e., s.714.

⁴⁵ Boşanmada velayet hakkı kendisine verilen tarafın ölmesiyle velayetin kendiliğinden diğer tarafa geçeceğine ilişkin görüş için bkz. Akıntürk, a.g.e., s. 408.

⁴⁶ Öztan, a.g.e., s.1090; Grassinger, a.g.e., s.11; Usta, a.g.e., s. 114.

⁴⁷ Öztan, a.g.e., s.1089; Usta, a.g.e., s.111.

⁴⁸ Öztan, a.g.e., s. 1089; Grassinger, a.g.e., s.11; Usta, a.g.e., s., 111.

⁴⁹ Öğretideki tartışmalar için bkz. Koçhisarlıoğlu, a.g.e., s.20; Medeni Kanun'un evlilik dışı (birlikte velayetin kullanıldığı durum dışındaki tüm durumları ifade etmektedir) velayeti düzenleyen hükümlerinin ortak velayete olanak tanıyıp tanımadığına ilişkin öğretideki tartışmalar için bkz. Kudret Güven, Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 4, S. 1, s.11-64.

⁵⁰ Bilge Öztan/ Fırat Öztan, "Boşanmada Velayetin Tevdii", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 1, S.2, s. 473-495.

egemen olmuştur.⁵¹ Yargıtay, yerleşmiş istikrarlı kararlarında ortak velayetin Türk hukukunda uygulanamayacağını, ortak velayetin kamu düzenine aykırı olduğunu vurgulamıştır.⁵² Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.2.2017 tarihli 2016/15771 E. 2017/ 1737 K. sayılı kararında her iki tarafı da İngiliz vatandaşı olan davada baba, evlilik dışı doğan ortak çocuğunun velayetinin anne ve babaya verilmek suretiyle, velayetin ortak düzenlenmesini istemiştir. Yargıtay, somut olayda çözülmesi gereken uyuşmazlığı, ortak velayet düzenlemesinin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığının belirlenmesi olarak ortaya koymuştur. Kararda, "İç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde ortak velayet düzenlemesinin, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir" denilmiştir. Kararda iç hukukumuzdaki yasal düzenlemeler sıralanmış, "Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan 11 numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Numaralı Protokol, 6684 Sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak 25.03.2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır" denilmiştir. Protokol'ün 5. maddesi "Eşler arasında eşitlik" başlığını taşımakta, "Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez" hükmünü içermektedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 7 Numaralı Protokol'ün 5. Maddesi hükmüne dayanarak, talep etmeleri halinde ana babaya ortak (birlikte) velayet verilebileceğini kabul etmiştir. Yargıtay, kararın Ek 7 Numaralı Protokol'e dayandırılması gerekçesini "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu; usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların farklı hükümler içermesi nedeniyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90/son hükmüne göre milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağını" belirtmiştir.

Öğretide kanun koyucunun, boşanma sonrasında velayetin düzenlenmesine ilişkin kanun hükmünü, tarafı olduğu uluslararası sözleşmelere ve üyesi olduğu uluslararası kuruluşların kararlarına uygun olarak yeniden düzenlemesi gerekti-

⁵¹ Eylem Apaydın, "Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 9, S.1, s.445-475; Baygın, a.g.e., s.266.

⁵² Yarg. 2. HD. 2006/ 6824 E., 2006/ 13638 K., 10.10.2006 T.; Yarg. 2. HD. 2004/ 13947 E., 2004/ 15854 K. 27.12.2004 T.; Yarg. 2. HD. 2004/ 12285 E., 2004/ 13680 K., 22.11.2004 T.; Yarg. 2.HD. 2003/ 4019 E., 2003/ 5500 K, 15.4.2003 T.; Yarg. 2. HD. 2003/ 2818 E., 2003/ 3889 K., 20.3.2003 T. www.kazanci.com.tr.

ği ifade edilmektedir.⁵³ Yeni bir düzenleme yapılmasını savunan yazarlar arasında, velayetin eşlerden birine verilmesi ile birlikte velayet arasında kural-istisna ayırımı yapılması gerekliliği ve böyle bir ayırım yapılacaksa hangisinin kural olması gerektiği tartışmalıdır.⁵⁴

Çocuğun yüksek yararı ilkesi gereği, yapılacak yasal değişikikte birlikte velayet ile tek başına velayet arasında kural-istisna ayırımı yapılmaması gerektiği görüşüne katılıyoruz. Zira velayetin düzenlenmesinde somut olayın koşulları değerlendirmelidir. Evlilik sona ermesine rağmen ana babanın medeni bir ilişki yürütebildiği, çocuğun sorumluluğunu ortak taşımaya istekli olduğu ve çocuğun yararının bu yönde olduğu durumlarda, hâkim velayeti ana babaya birlikte verebilmelidir.⁵⁵ Ancak kimi durumlarda birlikte velayetin, boşanmış eşlerin çocuk üzerinden anlaşmazlıklarını devam ettirme aracı olabileceği de dikkate alınmalıdır. Özellikle eşlerden birinin, ortak velayeti, çocuğun yetiştirilmesi sorumluluğuna ortak olma amacıyla değil de diğer eşin hayatına karışma ve hayatını zorlaştırma aracına dönüştürmek için isteyebileceği değerlendirilmelidir. Dolayısıyla hangi velayet modelinin, çocuğun yüksek yararına olduğunu hâkim, somut olayın tüm koşullarını değerlendirerek takdir etmelidir.

E. Ana Babanın Evli Olmaması Halinde Velayet Hakkının Kullanılması

Ana ve baba evli değilse velayet anaya aittir (TMK m.337/ I). Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir (TMK m. 337/ II).

Ananın kısıtlı veya küçük olması halinde çocuğa vasi atanmışsa, ananın ergin olması ya da kısıtlılık halinin kalkması üzerine velayet, doğrudan anaya geçecektir.⁵⁶ Ancak anaya velayet verilemediği için velayet babaya verilmişse, ananın ergin olması ya da kısıtlılık halinin kalkması ile babada olan velayet kendiliğinden anaya geçmeyecek, velayetin babadan alınıp anaya geçebilmesi için hâkim kararı gerekecektir.⁵⁷ O nedenle, eğer ileride velayetin anaya bırakılması düşünülüyorsa, örneğin yaşı küçük annenin erginliğe eriştiğinde velayeti alabileceği düşünülüyorsa, bu süreçte çocuğa bir vasi atanması daha yerinde olacaktır⁵⁸

⁵³ Koçhisarlıoğlu, a.g.e., s. 86; Apaydın, a.g.m., s. 449; Leyla Müjde Kurt, "Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C.9, S.2, s. 157-186. Ancak, boşanmış eşlerin, çocuk üzerinden savaşına yol açacağı düşüncesiyle birlikte velayetin çocuk yararına uygun olmadığını düşünen yazarlar da vardır. Bkz. Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul, On İki Yayıncılık, 2019, s. 183.

⁵⁴ Tartışmalar için bkz. Kurt, a.g.m., s. 169-170.

⁵⁵ Öztan, a.g.e., s.1091.

⁵⁶ Grassinger, a.g.e., s.13.

⁵⁷ Grassinger, a.g.e., s.13.

⁵⁸ Gamze Turan Başara, "Ana ile Evlilik Dışındaki Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017, C.30, S. 131, s. 211-238.

Doktrinde, ana babanın evlilik dışı birlikteliklerinde, çocuğun birlikte velayet hakkına sahip olabilmelerine imkân verecek bir düzenlemenin de olması gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁹

3. VELAYETE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN DEĞİŞTİRİLMESİ

Kişiler arasındaki uyumsuzluğu nihai olarak çözümleme amacına yönelik kesin hüküm, sonradan yeni şartlar ortaya çıksa da kural olarak değiştirilemez. Kesin hükmün kural olarak değiştirilememesi, bireyin hukuki güvenliğini ve devletin yargı erkine güveni sağlamaktadır. Yargıtay'ın yerleşik görüşü, velayetin kamu düzeni ile ilgili olması⁶⁰ ve çocuğun üstün yararının dikkate alınması⁶¹ gerektiğinden, velayete ilişkin düzenlemenin değişen şartlara göre her zaman yeniden değerlendirilebileceği yönündedir.⁶² Velayete ilişkin kararların kesin hüküm oluşturduğunu ileri süren görüş de bu kararların kesin hükmün etkileri açısından diğer mahkeme kararlarına göre daha farklı olduğunu kabul etmektedir.⁶³

Velayete ilişkin düzenlemelerin değiştirilmesi, Medeni Kanun madde 183 ve madde 348'deki düzenlemelerde karşımıza çıkar. Medeni Kanun madde 183'de velayet ilişkin düzenlemenin değiştirilmesini gerektirecek olgulardan

⁵⁹ Serozan, a.g.e., s. 255; Baygın, a.g.e., s. 271.

⁶⁰ "Velayet, kamu düzenine ilişkindir. Velayet düzenlemesinde, çocukların üstün yararı ana ve babanın isteklerinden önce gelir". Yarg. 2. HD. 2016/ 8521 E., 2016/ 8889 K., 2.5.2016 T. www.kazanci.com.tr; "Velayet kamu düzenine ilişkindir ve velayet düzenlemesinde aslolan küçüğün menfaatidir". Yarg. 2. HD. 2014/ 25804 E., 2014/ 24658 K. 4.12.2014 T. www.kazanci.com.tr; Yarg. 2. HD. 2014/ 15336 E., 2014/ 25732 K., 27.11.2014 T. www.kazanci.com.tr. Yarg. 2. HD. 2013/ 3300 E., 2013/ 15257 K., 3.6.2013 T. www.kazanci.com.tr.

⁶¹ "Velayet düzenlemesinde; çocukla ana ve babanın yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir". Yarg. 2. HD., 2016/ 17625 E., 2018/ 5907 K. 2.5.2018 T. www.kazanci.com.tr; Yarg. 2. HD. 2016/ 24604 E., 2017/ K. 16.1.2017 T. www.kazanci.com.tr; "Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken ilke, çocuğun üstün yararınıdır. Çocuğun üstün yararını belirlerken, onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana babanın yararları, boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur". Yarg.2. HD. 2016/19750 E., 2017/ 254 K., 11.1.2017 T. www.kazanci.com.tr; "Velayetin düzenlenmesinde, ebeveynlerin istek ve tercihleri dikkate alınmakla birlikte aslolan çocukların üstün yararınıdır". Yarg. 2. HD. 2012/ 9931 E., 2012/ 27552 K., 19.11.2012 T. www.kazanci.com.tr; Yarg. 2. HD. 2016/8521 E., 2016/ 8889 K. 2.5.2016 T. www.kazanci.com.tr; Yarg. 2. HD., 2014/ 10142 E., 2014/ 20871 K., 27.10.2014 T. www.kazanci.com.tr.

⁶² Baygın, a.g.e., s.373. "O halde; şartların değişmesi halinde her zaman yeniden düzenlenmesi mümkün bulunan ortak çocukların velayetlerinin davacı-davalı babaya verilmesine karar vermek gerekir". Yarg. 2. HD., 2016/ 17662 E., 2018/ 7967 K., 25.6.2018 T. www.kazanci.com.tr; "Gerçekleşen bu durum karşısında, velayete ilişkin kararların kesin hüküm teşkil etmeyeceği ve şartların değişmesi halinde velayetin yeniden düzenlenebileceği de gözetilerek, ..." Yar. 2. HD. 2016/ 13421 E., 2018/ 11 K. 8.1.2018 T. www.kazanci.com.tr; "Velayetin değiştirilmesi davası şartların değişmesi halinde her zaman açılabilir ve kamu düzenine ilişkindir". Yarg. 2. HD. 2012/13416 E., 2013/ 5817 K., 6.3.2013 T. www.kazanci.com.tr.

⁶³ Burak Huysal, Devletler Özel Hukukunda Velayet, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 177.

bazıları sayılmıştır, Medeni Kanun madde 348’de ise velayetin kaldırılması düzenlenmiştir. Velayetin kaldırılması ve değiştirilmesi şartları gerçekleşmedikçe, ana ve babanın velayet görevlerine müdahale olunamaz.⁶⁴

A. Yeniden Düzenlemeyi Gerektiren Olgular

Velayete ilişkin düzenlemenin değiştirilmesini gerektirecek olgulardan bazılarını içeren Medeni Kanun’un 183. maddesine göre, ana babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde hâkim re’sen veya ana babadan birinin talebi üzerine gerekli önlemleri alır. Kanunda sayılanlardan başka olgular da (örneğin velayet kendisinde olan ana veya babanın ağır hastalığı, hapsedilmesi, bitkisel hayata girmesi, bağımlılık tedavisi için bir kuruma yatırılması) velayetin değiştirilmesini gerektirebilir.⁶⁵ Ortaya çıkan yeni olgular çocuğa ilişkin de olabilir. Örneğin çocuğun karakterinde ortaya çıkan değişiklikler (şiddete meyil, sosyal izolasyon, bağımlılık, sorumluluklardan kaçış gibi), çocuğun ihtiyaçlarının artması ya da farklılaşması, velayete sahip olmayan tarafın yaşadığı şehirde bir okula başlaması, hastalanması gibi değişiklikler velayetin değiştirilmesini gerektirebilir. Ancak yeni olgulara dayanarak velayetin değiştirilebilmesi için çocuğun yüksek yararı bunu gerektirmelidir.⁶⁶ Çocuğun yüksek yararı ilkesinin uygulanmasındaki problem, ilkenin içeriğinin belirli olmaması, hâkimin takdirine dayanmasıdır. Amerikan Hukuk sisteminde de velayet davaları çocuğun yüksek yararı ilkesine dayanmaktadır ve her eyaletin mevzuat veya içtihat hukuku ile şekillenmiş çocuğun yüksek yararını belirlemeye yarayan etmenlerden oluşan bir listesi vardır.⁶⁷ Örneğin, diğer pek çok eyaletin düzenlemesinden farklı olarak, ebeveynlerin lehine varsayımları değil, çocuğa ilişkin tüm verilerin değerlendirilmesini esas alan Indiana eyaletinin düzenlemesine göre, bir mahkeme velayetin değiştirilmesine ilişkin bir karar verirken, çocuğun yaşı ve cinsiyetini, ebeveynlerin taleplerini, çocuğun taleplerini (özellikle çocuk en az on dört yaşında ise), çocuğun ebeveynleri ve kardeşleri ile olan ilişkisini, çocuğun ev ortamına, okul hayatına ve toplumsal hayata uyumunu, çocukla ilgili kişilerin fiziksel ve ruhsal sağlığını, aile içi şiddete ilişkin bulguları, çocuğa fiilen bir başkasının baktığına ilişkin bulguları değerlendirmek zorundadır.⁶⁸ Ana veya baba, koşulların değiştiği iddiası ile her zaman velayetin değiştirilmesi talebinde bulunabilir. Ancak

⁶⁴ YHGK 2011/2-884 E., 2012/197 K., 16.3.2012 T. www.kazanci.com.tr.

⁶⁵ Baygın, a.g.e., s.373.

⁶⁶ Baygın, a.g.e. s. 373.

⁶⁷ Margaret Ryznar, *The Empirics of Child Custody*, Cleveland State Law Review, 2017, Vol.65: 211, s. 215.

⁶⁸ Ryznar, a.g.m., s.215.

mahkeme, çocuğa ilişkin değerlendirilmesi gereken verilerden birindeki değişikliğin, çocuğun velayetinin değiştirilmesini gerektirecek önemde olduğuna ikna olmalıdır.

a. Ana veya Babanın Başkasıyla Evlenmesi

Velayet kendisine verilmiş ana ya da babanın yeniden evlenmesi, velayetin kendisinden alınması için tek başına bir gerekçe olamaz (TMK m. 349/ I).⁶⁹ Velayete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi çocuğun menfaatine aykırı bir durum oluşturuyorsa, velayete ilişkin düzenlenmenin değiştirilmesi ya da durum ve koşullara göre velayetin kaldırılması söz konusu olur (TMK m.349/ II).

b. Ana veya Babanın Başka Bir Yere Gitmesi

Kanun koyucu, velayete ilişkin düzenlemenin değiştirilmesini gerektirebilecek olgulardan biri olarak, velayet hakkına sahip ana veya babanın yer değiştirmesini düzenlemiştir (TMK m.183). Velayet hakkına sahip ana veya babanın yerleşim yerini değiştirmesi her zaman velayetin yeniden düzenlenmesini gerektirmez. Kanun koyucunun ifadesiyle “yeni olguların zorunlu kılması” halinde velayete ilişkin düzenlemeyi değiştirilmesi söz konusu olacaktır. Velayet hakkına sahip eşin, çocuğun sağlığı veya eğitimi açısından uygun olmayan bir yere taşınması, sürekli olarak yer değiştirme nedeni ile çocuğun istikrarlı bir çevre içerisinde büyüyememesi, çocuğun diğer eşten veya akrabalarından keyfi olarak uzaklaştırılmak maksadıyla yer değiştirilmesi, velayetin değiştirilmesini gerekli kılabilir.

c. Ana veya Babanın Ölmesi

Velayete sahip olan tarafın ölümü halinde, velayete sahip olmayan ana veya baba velayet hakkını kendiliğinden kazanmaz. Velayetin, sağ kalan eşe verilmesi hâkimin vereceği karar ile mümkün olur.⁷⁰ Zira velayet hakkı taraflardan birine verilirken gözetilen husus, çocuğun üstün yararadır. Çocuğun üstün yararı, çocuğun sevgi, ilgi, şefkat göreceği, bedensel ve ruhsal gelişimin en iyi şekilde gerçekleşeceği, eğitim imkanlarına sahip olacağı tarafa velayet hakkının verilmesini gerektirir.⁷¹ Hâkim, takdir hakkını kullanarak çocuk için en iyisine karar kıldıktan sonra

⁶⁹ “Velayeti üstlenen anne veya babanın tekrar evlenmiş olması, tek başına velayetin değiştirilmesi için yeterli değildir. Çocuğun menfaati (üstün yararı) gerektirdiği takdirde, velayet değiştirilebilir”. Yarg. 2. HD. 2013/ 4764 E., 2013/ 25031 K., 4.11.2013 T. www.kazanci.com.tr

⁷⁰ Yarg. 2. HD., 2012/8899 E., 2013/3450 K., 13.2.2013 T. www.kazanci.com.tr.

⁷¹ “Velayet ve kişisel ilişki düzenlemesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişimin gerçekleştirilebilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üs-

velayet hakkı sahibinin ölümü ile velayet hakkı sahibi olmaya aday diğer ebeveynin tekrar değerlendirilmesi gerekir. Asıl olan çocuğun velayet altında olmasıdır. Ancak velayetin ölüm halinde kendiliğinden diğer tarafa geçmeyip, tekrar hâkimin takdir hakkına ihtiyaç duyması çocuğun yararına bir düzenlemedir.

Velayete hakkına sahip tarafın değil de diğer tarafın ölümü velayet hakkının kullanılmasını etkilemez.⁷²

d. Çocukla Kişisel İlişkinin Engellenmesi

Boşanmanın çocuklar üzerindeki etkisini inceleyen araştırmalar, boşanmanın yarattığı olumsuzluklar arasında çocuk için en yıpratıcı olanın, ana veya baba ile olan ilişkisinin tamamen kesilmesi olduğunu göstermektedir.⁷³ Bu nedenle boşanmadan sonra velayet hakkı kendisine bırakılmayan taraf ile çocuğun kişisel görüşme hakkı çocuğun yararına olacak şekilde düzenlenmeli ve bu düzene her iki tarafın da uyması sağlanmalıdır. Medeni Kanun'un 323. maddesinde "Ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir" denilmektedir. Hükümde her ne kadar sadece ana babanın velayeti altında olmayan çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı olduğundan bahsedilmişse de Türk öğretisi⁷⁴ ve uygulamasında,⁷⁵ çocuğun da kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, velayet hakkı taraflardan birine verilirken diğeri ile çocuk arasında çocuk yararına aykırı olmamak kaydıyla kişisel ilişkinin kurulması ve kurulan kişisel ilişkin hâkimin hükmüne uygun şekilde sürdürülmesi gereklidir. Velayet hakkına sahip olan ana veya baba, diğer tarafın çocukla olan kişisel ilişkisini engellerse, bu durum velayetin değiştirilmesini gündeme getirebilir.⁷⁶

tün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde karar vermesi gerekir, yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınmalıdır." Yarg. 2. HD., 2017/ 4354 E., 2018/ 14859 K., 18.12.2018 T. www.kazanci.com.tr.

⁷² Yarg 2.HD., 2005/874 E., 2005/4061 K., 16.3.2005 T. www.kazanci.com.tr.

⁷³ Fulya Erlüle, "Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 9, S. 2, s.259- 284.

⁷⁴ Serozan, a.g.e., s.242, Erlüle, a.g.m., s.262.

⁷⁵ "Ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkı, çocuğun temel haklarından (Çocuk Hakları Sözleşmesi md.9/3). Bu tür kişisel ilişki çocuğun sadece yüksek yararları gerektirdiği takdirde veya ana ve babanın bu haklarını amacına aykırı kullanmaları halinde kısıtlanabilir ve engellenebilir (Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi md. 4/2)" Yarg. 2. HD., 2015/ 21179 E., 2015/ 21304 K., 16.11.2015 T.; Yarg. 2. HD., 2015/22625 E., 2015/ 23204 K., 3.12.2015 T. www.kazanci.com.tr

⁷⁶ Yarg. 2. HD, 2016/ 7741 E., 2017/ 1217 K., 7.2.2017 T; Yarg. 2. HD., 2016/12054 E., 2016/11763 K. 16.6.2016 T. www.kazanci.com.tr; Yarg. 2. HD., 2016/ 17842 E., 2016/ 13832 K., 17.10.2016 T. www.kazanci.com.tr;

B. Velayetin Kaldırılması

Çocuğun yararı bakımından, velayete ilişkin düzenlemenin değiştirilmesi gerektiğinde başvurulabilecek yollardan biri de velayetin kaldırılmasıdır. Velayetin kaldırılması çocuğun yararı bakımından alınacak tedbirlerden en ağıridir. Kanun koyucu, ölçülülük ilkesine uygun olarak, çocuğa ilişkin alınacak diğer önlemlerin etkisiz kalması ya da bu önlemlerin yetersiz kalacağına açık olduğu durumlarda başvurulmak üzere velayetin kaldırılmasını öngörmüştür.⁷⁷ Velayetin kaldırılabilmesi için, ana babanın velayetten doğan görevleri kendilerinden ya da çocuktan kaynaklanan bir sebeple gereği gibi yerine getirememeleri, çocuğun ana baba yanında olmasının onun sağlıklı gelişimi için ciddi ve sürekli bir tehlike oluşturması gerekir.⁷⁸ Ancak velayetin kötüye kullanılması tek bir seferlik bir eylemden kaynaklanıyor bile olsa eğer bunun çocuk üzerindeki olumsuz etkisi uzun süreli olacaksa, tek bir eylem bile velayetin kaldırılması sebebi olabilir.⁷⁹ Bu nedenle velayetin kaldırılmasını gündeme getiren olayların süresinden ya da başlangıcından ziyade çocuk üzerindeki etkisine, velayetin kaldırılması talep edildiği anda bu kararın çocuk için en iyi karar olup olmadığına bakmak gerekir. Velayet hakkının kaldırılması kararı tartışılırken, konuyu gündeme getiren olayın geçtiği zamanki ve mevcut koşullar değerlendirilmelidir. Uygulamada, velayetin kaldırılması kararı verilmenden önce, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişimin tehlikede bulunup bulunmadığı, velayetin kaldırılmasını gerektiren sebebin olup olmadığı araştırılması, gerektiğinde psikolog, pedagoğ, sosyal çalışmacılardan birinden de görüş alınıp ona göre karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Velayetin kaldırılmasını gerektiren sebepler her iki eşten kaynaklanıyorsa velayet her iki eşten kaldırılır, eğer kaldırma sebebi sadece bir eş için söz konusu ise velayet hakkı o eşten alınır.⁸⁰ Velayetin kaldırılması kamu düzeni ile ilgilidir. Bu nedenle, hâkim davaya ilişkin bilgi ve belgeleri re'sen araştıracaktır.⁸¹

Medeni Kanun, çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkimin aşağıdaki hallerde velayetin kaldırılmasına karar verebileceğini düzenlemektedir:

1. Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi
2. Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması

⁷⁷ Grassinger, a.g.e., s. 162.

⁷⁸ Grassinger, a.g.e., s.163.

⁷⁹ Grasiinger, a.g.e., s. 163.

⁸⁰ Grassinger, a.g.e., s.164.

⁸¹ Grassinger, a.g.e. s.164.



Bu sebepler bazen birbirinin içine girer, ailede yaşanan olayların birinci bent kapsamında mı, ikinci bent kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiğini belirlemek zorlaşır.⁸²

a. Velinin Deneyimsizliği, Hastalığı, Başka Bir Yerde Bulunması veya Benzeri Sebeplerle Velayetin Kaldırılması

TMK m. 348/b.1 uyarınca “Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yer bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi” velayetin kaldırılması için gereken koşullardan biridir. Hükümden anlaşılacağı gibi sayılan sebepler sınırlı sayıda değildir, “veya benzeri sebepler” ifadesinden sayılan sebeplerin örnek olarak sayıldığı anlaşılmaktadır. Bir çocuğu yetiştirirken çocuğun menfaati ile çatışan ya da çocuğun gelişimine olumsuz etkilerde bulunacak çok farklı uygulama söz konusu olabilir. Her somut olayda ana baba tutumlarının o somut olaydaki çocuk bakımından değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle velayetin kaldırılması sebepleri genel olarak düzenlenerek, hâkime takdir yetkisi verilmiştir.

Ana babanın velayeti kullanmadaki deneyimsizliği velayeti kaldırma sebebi-dir. Ana babanın, çocuğun bakım, gözetim ve eğitiminde yapması gerekenleri idrak edememesi, sorumluluklarını yerinde getirmemesi ve gerekli kararları almakta aciz kalması, çocuğun aşırı hoşgörülü bir ortamda kuralsız büyümesi ya da tam tersine aşırı disiplin altında çok fazla kuralla büyümesi ana babanın deneyimsizliğinden kaynaklanabilir.⁸³ Ana babanın yetersizlik hali yaşlarının küçüklüğüne, ruhen ana baba görevine hazır olmamalarına, kendi kişiliklerinde mevcut olan bir sebebe bağlı olabilir. Eğer bu yetersizlik hali süreklilik arz ederse velayetin kaldırılması gerekir.⁸⁴ Ana babanın yoksul olup mali desteğe ihtiyaç duyması tek başına velayetin kaldırılması sebebi teşkil etmez.⁸⁵ Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 26’ya göre, Taraf Devletler, her çocuğun, sosyal sigorta dahil, sosyal güvenlikten yararlanma hakkını tanırlar ve bu hakkın tam olarak gerçekleşmesi sağlamak için ulusal hukuklarına uygun önlemleri alırlar. Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 27’ye göre de Taraf Devletler, çocuğun gelişmesi için gerekli hayat şartlarının sağlanması konusunda ana babaya yardımcı olmak amacıyla gerekli önlemleri alır ve gereksinim olduğu takdirde özellikle beslenme, giyim ve barınma konusunda maddi yardım ve destek programları uygular.

⁸² Grassinger, a.g.e. s. 168.

⁸³ Emine Akyüz, Velayet ve Çocuğun Korunması, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 143; Hakkı Özlü, Velayetin Kaldırılması, Ankara, Adil Yayınevi, 2002, s. 72, Grassinger, a.g.e., s.170.

⁸⁴ Özlü, a.g.e. s.72

⁸⁵ Özlü, a.g.e. s.80.

Bir anlamda çocuğun yoksulluk içinde büyümemesi devletin sorumluluklarındandır. Ana babanın yoksul ve yardıma muhtaç olması velayetin kaldırılması sebeplerinden sayılmasa da ana babanın çalışmaktan kaçınması ya da çocuğun bakımı için hiç para sarf etmeyip yardım almak için ısrar etmesi velayetin kaldırılması sebebi sayılabilir.⁸⁶

Ana babanın bedensel ya da ruhsal bir hastalığı, velayetten doğan görevlerin ifasını engelliyorsa velayetin kaldırılmasını gerektirebilir. Bedensel hastalığın bulaşıcı bir hastalık olması, bu nedenle çocuğun sağlığını tehlikeye düşürmesi veya kişinin bedenini, akli melekelerini kullanmaya engel teşkil etmesi nedeni ile çocuğa ilişkin sorumlulukların yerine getirilememesi ya da ölümcül bir hastalık olması nedeniyle çocuğun ihtiyaçları ile ilgilenilememesi, velayetin kaldırılmasını gerektirebilir. Ana babanın hastalığı durumunda değerlendirilmesi gereken hususlar, çocuğun hasta ana baba yanında kalması nedeniyle sağlığının tehlikeye düşüp düşmediği, hasta ana babanın çocukla ilgilenemese bile çocukla ilgili karar alabilecek durumda olup olmadığı⁸⁷ ve çocuğun menfaatinin hâkimin takdir edeceği başka önlemlerle koruma imkanının olup olmadığıdır.⁸⁸

Medeni Kanun madde 348/ b.1’de yer alan ana babanın başka bir yerde olması sebebinden anlaşılması gereken, ana babanın uzaklık nedeniyle çocuğa gereken sevgi ve özeni gösterememesi, çocuğu temsil etme görevini yerine getirememesi, çocuğun bakım ve eğitimi ile ilgilenememesidir. Uzaklığa rağmen, çocuğun ana baba ile iletişim kurma imkânı varsa, çocuğun ihtiyacı olduğu zamanlarda ya da acil durumlarda ana baba çocuğun yanında olabiliyor ve velayet görevlerini ifa ediyorsa velayetin kaldırılması söz konusu olmayacaktır. Zira değerlendirilmesi gereken fiili uzaklığın velayet görevini yapmaya engel teşkil edip etmediğidir.⁸⁹ Örneğin uzun süreden beridir kendisinden haber alınmayan, nerede olduğu bilinmeyen taraf için velayetin kaldırılması kararı verilebilir.⁹⁰

⁸⁶ Özlü, a.g.e., s. 81.

⁸⁷ Örneğin bedensel hastalığı nedeniyle hareket kabiliyeti kısıtlı olan ana ya da baba, akli melekeleri yerinde olduğu için velayetten doğan sorumluluklarını yerine getirebiliyorsa ya da üçüncü bir kişi marifetiyle bunu yapıyorsa veyahut velayet görevinde eksik kaldığı hususlarda diğer taraf, bu eksikliği giderebiliyorsa, bedensel hastalık nedeniyle velayetin kaldırılmasına gerek yoktur. Grassinger, a.g.e., s. 171.

⁸⁸ Medeni Kanun madde 347’ye göre, çocuğun bedensel veya zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa, hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına ya da kuruma yerleştirebilir. Eğer hasta ana baba, velayet görevinde eksik kalmakla beraber diğer taraf bu eksikliği giderebiliyor ve çocuğun bir kuruma ya da aile yanına yerleştirilmesi de velayet hakkını kaldırmaya gerek olmaksızın çocuk için sağlıklı bir çözüm olabiliyorsa, madde 347’de düzenlenen tedbiri de velayetin kaldırılmasından önce değerlendirmek gerekir. Grassinger, a.g.e., s.171.

⁸⁹ “Mahkemece davalı annenin velayet kendisinde bulunmasına rağmen çocukları davacı dedeye bıraktığı ve ilgilenmediği gerekçesiyle annede olan velayetin kaldırılmasına karar verilmiş ise de, toplanan delillerden ve özellikle tanık beyanlarına göre davalı annenin aileler arasında mey-

Eşlerden birinin başka bir ülkede yaşaması, yerleşim yerinin belli olmaması velayetin kaldırılmasına sebep olabilir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu madde 35'in düzenlemesine göre, kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edildiğinde, mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak velayet hakkından yoksun bırakılır.

Ana babanın kısıtlanmış olması velayetin kaldırılması sebepleri arasında yer almaz.⁹¹ Ancak kısıtlanmanın sebepler arasında sayılmamış olması kısıtlanmanın velayeti kaldırma sebebi olamayacağı anlamına gelmez. Zira velayetin kaldırılması sebepleri kısıtlı sayıda sayılmış değildir, MK m.348/b.1'deki sebepler örnek olarak sayılmış, benzer sebeplerden biriyle de velayetin kaldırılabilmesi düzenlemede yer almıştır. Akıl hastalığı, akli zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza gibi kısıtlılık sebeplerine baktığımızda tüm bunların ana babanın velayet görevini gereği gibi yerine getirmesine engel teşkil edebileceği görülmektedir. Dolayısıyla ana ya da baba hakkında kısıtlılık kararı verildiğinde, bu karar aynı zamanda velayetin kaldırılmasına yol açmaz ama kısıtlanmış ebeveynin velayet görevlerini gereği gibi ifa edemeyeceği kabul edildiğinden, velayetin kaldırılmasına yönelik bir talepte kaldırma sebebi olarak değerlendirilir.⁹²

Ana babaya yönetim kayyımı (TMK m. 426-428) ya da yasal danışman (TMK m. 429) atanması velayetin kaldırılması sebep olmaz.⁹³ Zira bu durumlarda kendisine kayyım ya da yasal danışman atanan kişinin fiil ehliyetinde bir sınırlama olmaz. Ancak çocuğun malvarlığının yönetiminde sorun yaşıyorsa Medeni Kanun'da (m.360-361) yer alan önlemler çocuğun yararı gereği düşünülmelidir.

b. Ana Babanın Çocuğa Yeterli İlgiyi Göstermemesi veya Ona Karşı Yükümlülüklerini Ağır Biçimde Savsaklaması

Ana babanın çocuğa gerekli ilgi ve sevgiyi göstermemeleri, velayetin kendilerine yüklediği sorumlulukları gereği gibi yerine getirmemeleri velayetin kaldı-

dana gelen büyük bir kavga sonrasında velayet konu çocukları babalarına teslim etmek zorunda kaldığı ve sonrasında alamadığı görülmüş olur, yine toplanan delillerden davalı annenin velayet görevini ifadan aciz olduğunu gösterir bir delil bulunmadığı anlaşılmaktadır. Velayetin kaldırılması kararı ana baba için ağır sonuçlar doğuran bir karardır. Asıl olan ana/babası sağ olan velayete tabi çocuğun velayet altında bırakılmasıdır". Yarg.2. HD., 2018/4106, E., 2018/9182 K., 13.9.2018 T. www.kazanci.com.tr

⁹⁰ Baygın, a.g.e., s.351; Usta, a.g.e. s.465.

⁹¹ Önceki Medeni Kanun'un 274. maddesinde hâkimin mahcur olan ana babadan velayet hakkının nez 'edebileceği düzenlenmekteydi.

⁹² Akyüz, a.g.m., s.144. Grassinger, a.g.e., s.175.

⁹³ Özlü, a.g.e., s.92.

rılması sebepleridir. Ana babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya velayetten doğan görevlerini ağır biçimde savsaklaması kasıt veya ağır ihmal neticesinde gerçekleşir. Ana babanın çocuğun beden ve ruhen gelişimin engelleyecek her türlü istismarı (fiziksel, duygusal ya da cinsel) velayetin kaldırılma sebeplerinden biri olacaktır. Velayetin kaldırılması için çocuğun gelişiminin sürekli tehdit altında olması gerekmez, tek seferlik bir istismar nedeniyle uzun süreli olumsuz etki altında kalacak olması da velayetin kaldırılması için yeterlidir.⁹⁴

Velayetin kaldırılması kararı verilirken hâkim, somut olaydaki verileri değerlendirilmelidir. Ailenin yapısı, koşulları, aileye ve çocuğa toplumun ve hukukun yeni bakış açısı dikkate alınmalıdır.⁹⁵

Babanın çocuğu fuhuşa teşvik ve aracılık etmek suçundan hükümlü olması,⁹⁶ velayet hakkı kendisinde olan annenin çocuğu yanına almayıp babaannede bırakması,⁹⁷ velayet hakkına sahip annenin çocuklarını çok uzun süre üçüncü bir kişi yanında bırakmış olması ve çocukların bakım ve eğitiminin bu kişi tarafından sağlanıyor olması,⁹⁸ velayet hakkına sahip annenin çocuğa şiddet uygulaması, kötü muamelede bulunması,⁹⁹ babanın çocuğa şiddet uygulaması, annenin ise çocuğun cinsel ve ruhsal bütünlüğünü korumaya ilişkin yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması,¹⁰⁰ annenin çocukları ile ilgilenmemesi,¹⁰¹ velayet kendisinde olan annenin çocuğun cinsel istismarına zemin hazırlaması ve göz yumması,¹⁰² annenin çocukları babalarına göstermeyip sürekli olarak babalarından kaçırmaması ve çocukları okula göndermemesi¹⁰³ TMK m.348/I b.2 için örnek teşkil eden olaylardır.

c. Velayet Hakkına Sahip Ana Babanın Yeniden Evlenmesi

TMK 349'a göre, velayete sahip ana babanın yeniden evlenmesi, velayetin kaldırılmasını gerektirmez. Ancak çocuğun yararı gerektiriyorsa velayet sahibi

⁹⁴ Özlü, s.93, Grassinger, a.g.e., s. 179.

⁹⁵ Örneğin önceki Medeni Kanun'da ana babanın çocuğun eğitimi hususunda tedip hakkına sahip olduğu kabul edilmekteydi. Ana babanın çocuğu eğitmek için normal ölçülerde dövebileceğini kabul eden pek çok eski yargı kararı vardır. Oysa bugün çocuğa her ne sebeple olursa olsun şiddet uygulanması kabul edilemez.

⁹⁶ Yarg. 2. HD., 2017/5362 E., 2017/14895 K., 19.12.2017 T. www.kazanci.com.tr.

⁹⁷ Yarg. 2. HD., 2016/13524 E., 2016/12659 K., 28.6.2016 T. www.kazanci.com.tr.

⁹⁸ Yarg. 2. HD. 2004/6832 E., 2004/7827 K., 14.6.2004 T. www.kazanci.com.tr.

⁹⁹ Yarg. 2. HD., 2014/9270 E., 2014/10794 K., 12.5.2014 T. www.kazanci.com.tr.

¹⁰⁰ Yarg. 2. HD., 2010/7251 E., 2010/20509 K., 7.12.2010 T. www.kazanci.com.tr.

¹⁰¹ Yarg. 2. HD., 2007/13481 E., 2007/14489 K., 2.11.2007 T. www.kazanci.com.tr.

¹⁰² Yarg. 2. HD., 2003/1468 E., 2003/2770 K., 3.3.2003 T. www.kazanci.com.tr.

¹⁰³ Yarg. 2. HD., 2002/13679 E., 2002/13548 K., 9.12.2002 T. www.kazanci.com.tr.

değiştirilebileceği gibi, durum ve koşullara göre velayet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir (TMK m. 349/ II). Velayetin kaldırılmasına imkân veren bu özel düzenlemede hükmün uygulanabilmesi için TMK m.348'de sayılan nitelikli koşulların gerçekleşmesi aranmamıştır.¹⁰⁴ Burada amaç çocuğun korunmasıdır; bu nedenle ana babanın kusuru aranmayacaktır.¹⁰⁵ Velayetin kaldırılabilmesi için, evlilik nedeni ile çocuğunun huzurunun bozulması, üvey ana ya da üvey babanın dışlayıcı, horlayıcı, haksız tavırları nedeni ile maddi ve manevi durumunun kötüleşmesi gerekmektedir.¹⁰⁶ TMK m.349, hâkime geniş takdir hakka vermektedir.¹⁰⁷ Yargıtay'ın bu konuda yerleşmiş görüşü, velayet sahibi ana ya da babanın evlenmiş olmasının tek başına velayetin kaldırılmasına sebep olmayacağı yönündedir.¹⁰⁸ Çocuğun yeni evliliği istememesi de velayetin kaldırılması sebebi olamaz.¹⁰⁹

C. Velayetin Kaldırılmasının Sonuçları

Velayet hakkı sadece ana veya babadan kaldırılmışsa, diğer taraf velayet hakkına tek başına sahip olur. Ancak velayet ana babanın her ikisinden birden kaldırılmışsa, çocuğa bir vasi atanması gerekir (TMK m.348/2). Velayete tek başına sahip olan ana veya babadan velayet kaldırılmışsa ve diğer taraf hayatta değilse ya da velayet görevini yerine getirebilecek durumda değilse çocuğa vasi atanır.¹¹⁰

TMK 348/ III'e göre, velayetin kaldırılması, aksi kararda belirtilmedikçe mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar. Velayetin kaldırılmasına ilişkin kararın tüm çocuklar için geçerli olup olmadığının takdiri hâkimdedir. Velayetin kaldırılmasına ilişkin sebep sadece bir çocuk için geçerli ise, örneğin özel ilgi ve bakım gerektiren çocuğa ilişkin sorumluluklar yerine getirilmiyorsa, hâkim sadece söz konusu çocuğa ilişkin velayetin kaldırılmasına karar verebilir.¹¹¹ Bu durumda hâkim velayetin kaldırılması kararının hangi çocuk için olduğunu kararında açıkça belirtmelidir.¹¹² Velayetin kaldırılması sebepleri, velaye-

¹⁰⁴ Serozan, a.g.e., s.292; Öztan, a.g.e., s.1155.

¹⁰⁵ Öztan, a.g.e., s.1155; Grassinger, a.g.e., s.184; Usta, a.g.e., s.471.

¹⁰⁶ Serozan, a.g.e., s.292; Baygın, a.g.e., s.355; Grassinger, a.g.e. s.183.

¹⁰⁷ Öztan, a.g.e., s.1094.

¹⁰⁸ Yarg. 2. HD., 2009/16476 E., 2010/ 6149 K., 31.3.2010 T; Yarg. 2.HD. 2011/ 17647 E., 2012/ 12042 K., 7.5.2012 T. www.kazanci.com.tr

¹⁰⁹ Öztan, a.g.e., s.1094.

¹¹⁰ "Mahkemece davacı annenin ortak çocuklar üzerindeki velayetinin kaldırılmasına, davalı babanın hükümlü olması sebebiyle velayetin babaya da bırakılmasının mümkün olmayacağından bahisle vasi tayini için Sulh Hukuk Mahkemesine ihbarda bulunulmasına karar verilmiştir." Yarg. 2.HD. 2017/ 5362 E., 2017/14895 K. 19.12.2017 T. www.kazanci.com.tr.

¹¹¹ Baygın, a.g.e., s.358.

¹¹² Grassinger, a.g.e., s.189.

tin kaldırılması kararının kapsamını belirlemede etkili olacaktır. Örneğin, ana babanın kısıtlanması nedeni ile velayet kaldırılmışsa, bu kararın tüm çocukları kapsamı gerekir.¹¹³ Eğer hâkim velayetin kaldırılması kararını sadece belirli bir çocuk için vermişse bu durumda ileride doğacak çocuklar bakımından da ana babanın velayetin devam ettiği kabul edilmelidir. Kararda istisna tutulmadıkları için velayetin kaldırılması kararından etkilenecek olan ileride doğacak çocuklar, sadece velayet hakkı kaldırılan ana babanın müşterek çocukları değil, üçüncü bir kişi ile ilişkisinden doğan çocuklar olarak da yorumlanmalıdır.¹¹⁴

Velayetin kaldırılması ile ana baba velayetten doğan hak ve yetkilerini kaybederler. Ancak ana babanın velayetten bağımsız soybağından kaynaklanan yükümlülükleri devam eder. TMK m. 327’de düzenlenen bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğü devam eder. TMK m.350/I’e göre, velayetin kaldırılması halinde ana ve babanın çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri devam eder. Aynı zamanda ana babanın soybağından kaynaklanan hakları velayet kaldırılmış olsa bile devam eder. Ana baba velayet kendilerinden kaldırılmış olsa bile çocukla kişisel ilişki talebinde bulunabilirler. Ancak çocuğun yüksek yararı gereği ana babanın kişisel ilişki kurma hakkı sınırlandırılabilir veya tamamen engellenebilir. TMK m.311’de düzenlenen ana babanın rızasının aranmayacağı haller dışında, çocuğun evlat edinilmesi konusunda rızaları aranır.¹¹⁵

TMK m.351’e göre, velayetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalkmışsa hâkim, re’sen ya da ana babanın istemi üzerine velayeti geri verir.

SONUÇ

Medeni Kanun’un boşanma ve ayrılık halinde eşlerden birine velayetin bırakılmasına ilişkin düzenlemesi ile velayetin kaldırılmasına ilişkin düzenlemesi sebep ve sonuçları bakımından farklıdır. Eşlerden birine velayetin bırakılması, birlikte yaşamaya ara verilmesi, butlan veya boşanma hallerinde söz konusu olur. Velayetin kaldırılması ise evliliğin sona ermesi ile ilgili değildir. Velayetin kaldırılması için TMK 348 ve 349’daki şartların gerçekleşmesi gerekir. Eşlerden birine velayet bırakıldığında, diğer taraf velayet hakkını kaybeder ancak bu velayeti kaybeden tarafın velayetin kaldırılması sebeplerini taşıdığı anlamına gelmez. Kaldı ki artık evliliğin sona ermesine ya da ayrılık kararına rağmen eğer çocuğun yüksek yararı gerektiriyorsa hâkimin, birlikte velayete hükmede-

¹¹³ Baygın, a.g.e., s.358.

¹¹⁴ Baygın, a.g.e., s.359.

¹¹⁵ Öztan, a.g.e., s.1105; Usta, a.g.e., s.475; Baygın, a.g.e., s.360; Grassinger, a.g.e., s.199-200.



bileceği de kabul edilmektedir. Velayete ilişkin olarak karar verirken hâkim, toplumsal düzenin eski adetlerini gözeterek babanın üstünlüğünü kabul edebilir, çocuğa bakım verenin çoklukla kadın olduğu ön kabulü ile anayı tercih edebilir ya da ana-babaya (kadınlık ve erkekliğe) ilişkin yargıları dışlayarak (ki bu tutum, çocuğun velayet hakkı bakımından her iki cinse de eşitlik sağlamaktadır) asıl olanın çocuk olduğu gerçeğiyle ve çocuğu merkeze koyan bir bakış açısıyla, çocuğun yararına olmak üzere bir tercihte bulunabilir. Burada mesele, çocuğun yararının nasıl belirleneceği meselesidir. Her somut olayda, hâkim çocuğa ilişkin verileri titizlikle değerlendirmelidir.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız, *Türk Medeni Kanun'daki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi*, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011.
- Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku İkinci Cilt*, 18. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016.
- Akyüz, Emine, *Çocuk Hukuku*, 4. Bası, Ankara, Pegem Akademi, 2015.
- Akyüz, Emine, *Medeni Kanun'a Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması*, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1983.
- Akyüz, Emine, *Velayet ve Çocuğun Korunması*, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Apaydın, Eylem, *Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C.9, S. 1.
- Baygın, Cem, *Soybağı Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/ Gümüş M. Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019.
- Erlüle, Fulya, *Yargıtay Kararları Çerçevesine Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C.9, S.2.
- Gençsan, Ömer Uğur, *Aile Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Güven, Kudret, *Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet*, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C.4, S. 1.
- Grassinger, G. Elçin, *Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Hatemi Hüseyin, *Aile Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Hodgkin, Rachel/ Newell Peter, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı*, UNICEF, 2003.
- Huysal, Burak, *devletler Özel Hukukunda Velayet*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz, *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.
- Köseoğlu, Bilal/ Kocaağa Köksal, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, Bursa, Ekin Yayınları, 2011.

- Kurt, Leyla Müjde, *Boşanma Durumunda Birlikte Velayet*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C.9, S. 2.
- Özlu, Hakkı, *Velayetin Kaldırılması*, Ankara, Adil Yayınevi, 2002.
- Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- Öztan, Bilge/ Öztan Fırat, *Boşanmada Velayetin Tevdii*, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C.1, S.2.
- Ryznar, Margaret, *The Empirics of Child Custody*, Cleveland State Law Review, 2017, Vol.65: 211.
- Serozan, Rona, *Çocuk Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Turan Başara, Gamze, *Ana ile Evlilik Dışındaki Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017, C. 30, S. 131.
- Usta, Sevgi, *Velayet Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Yılmaz, Canan, *Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Zevkililer, Aydın/ Acabey, M. Beşir, Gökyayla K. Emre, *Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000.

Küresel Çerçeve Sözleşmelerin Sendikal Haklara Etkisi Bakımından İncelenmesi^(*)

Examining the Effect of Global Framework Agreements on the
Trade Union Rights

Arş. Gör. **Özge DOĞAN**^(**)

Öz

Küresel çerçeve sözleşmeler, bir uluslararası şirketle uluslararası işçi federasyonu arasında imzalanan ve ulusötesi şirketin faaliyette bulunduğu tüm ülkelerdeki üretim ağlarında uygulanmayı hedefleyen sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler genellikle, temel uluslararası belgelerin insan haklarına, asgari çalışma koşullarına ve sendikal haklara ilişkin düzenlemelerini kapsamına alır. Kısa bir tarihi olan ancak sayıları özellikle 2000'lerden itibaren hızla artan küresel çerçeve sözleşmeler, işçi örgütlerince, zayıflayan sendikal harekete çözüm olabilecek yeni bir mücadele alanı olarak görülmektedir. Ancak küresel çerçeve sözleşmeler, müzakeresi, içeriği, uygulama alanı, denetimi ve yaptırımı konularında uluslararası düzenlemelerle tek bir model geliştirilemediği için, kapsamına aldığı her ülkede sendikal haklar bakımından aynı etkinliği gösterememektedir. Sözleşme örneklerinden yola çıkılarak yapılan tartışmalar, küresel çerçeve sözleşmelerin, sendikalar ve sendikal hareket için önemli bir başarı olduğunu kabul etmekle birlikte; uygulamada hala birçok sorunun yaşandığını da belirlemektedir.

Anahtar Kelimeler

Küresel Çerçeve Sözleşme, Uluslararası İşçi Federasyonu, Uluslararası Şirket, Sendikal Hak, Uluslararası Çerçeve Sözleşme.

Abstract

Global framework agreements are contracts signed between the transnational company and international labor federation aiming to be applied to manufacturing network in all countries that the transnational company is active. In general, these contracts include regulations of fundamental international documents about human rights, minimum working conditions and union rights. Global framework agreements with a short history that rapidly increased especially in 2000s is regarded as a new conflict area by labor organizations to solve declining union movements. However, since global framework agreements fail to develop a single model with international regulations in terms of negotiations, content, application area, audits and sanctions, these contracts do not have the same effect on each included country in terms of union rights. Although

^(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 02.09.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 02.09.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 10.09.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 02.09.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 10.09.2019.

^(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı,
E-mail: o_dogan@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0003-3687-3842>.

discussions based on contract examples accept global framework agreements as an important success for unions and union movements, it is expressed that there are still problems in practice.

Keywords

Global Framework Agreement, International Workers' Federation, Transnational Company, Trade Union Rights, International Framework Agreement.

GİRİŞ

Toplu iş sözleşmeleri, çalışma koşullarının belirlenmesinde, işçi ve işveren tarafı bakımından güç dengesini sağlamaya yarayan sözleşmelerdir. Küresel çerçeve sözleşmeler (KÇS) toplu iş sözleşmelerine benzemekle birlikte;¹ uygulama alanı, içeriği, müzakere edilmesi, uygulanması, denetimi ve sözleşmeye aykırılığın yaptırımı konularında farklı özellikler göstermektedir. Ancak KÇS'ler de değişen çalışma ilişkilerinde tarafların arasında bozulan güç dengesini yeniden kurabilmek adına geliştirilmiş sözleşmelerdir. Sermayenin küreselleşmesiyle birlikte sendikalar karşısında büyük bir güç elde eden şirketler sendikal hak ve özgürlükleri, özellikle toplu iş sözleşmesi yapma hakkını, uygulamamaz hale getirmişlerdir. KÇS'ler, küreselleşmenin sendikal hak ve özgürlükleri üzerinde yarattığı olumsuz koşulları ortadan kaldırılabilecek ve sendikal örgütlenmeyi güçlendirebilecek önemli bir araç olarak görülmektedir.

KÇS'ler uluslararası şirketler ile uluslararası işçi federasyonları arasında imzalanan ve o şirketin faaliyette bulunduğu tüm işyerlerinde uygulanması amaçlanan sözleşmelerdir. İlk küresel sözleşme 1986 yılında imzalanmıştır. Ancak asıl gelişimini 2000'li yıllardan itibaren yapmış ve Avrupa ülkesi uluslararası şirketler için sayıları hızlı bir artış göstermiştir. Uygulamada örneklerin çoğalmasıyla birlikte KÇS'lerin beklenen faydayı sağlayıp sağlayamadığını değerlendirmeye yönelik akademik çalışmalar da artmıştır.

Sendikal hareketin dünyanın her yerinde azalması, alt işverenlik kurumu, geçici iş ilişkisi ile çalışma biçimlerinin esnekleşmesi ve bu şekilde sendikaların güç kaybetmesi KÇS'lerin sendikal hareket üzerinde olumlu bir etkisinin olacağını düşündürürken; sözleşmelerin müzakere sürecine ulusal sendikaların nasıl dahil edileceği, uygulanmasının denetlenmesi, sözleşmeye aykırılık halinde şirketler üzerinde etkili bir yaptırımın nasıl sağlanacağı konularında da birçok sorunu beraberinde getirmektedir. KÇS'lerin imzalandıktan sonra uygulanıp uygulanmadığı ve pratikte ortaya çıkan sorunlar öncelikli tartışma konularıdır.

¹ Petrol-İş Sendikası, *KÇS Stratejik Bir Araç*, İstanbul, Petrol-İş Dış İlişkiler Servisi, 2014, s. 10. Yazar Küresel çerçeve sözleşmeleri geleceğin küresel toplu iş sözleşmeleri olarak nitelendirildiğini belirtmiştir.

Bu çalışmanın amacı KÇS'lerin tarihsel gelişimi, tarafları, kapsamı ve içeriğinin açıklanarak, sözleşmenin müzakeresi, uygulanması, denetimi ve yaptırım süreçleri üzerinden sendikal haklara etkisinin incelenmesidir.

1. KÜRESEL ÇERÇEVE SÖZLEŞMELERİN ORTAYA ÇIKMASININ NEDENLERİ

KÇS'lerin ortaya çıkmasında en büyük etken küreselleşmedir. Sermayenin yerel ve ulusal rekabet koşullarını aşarak uluslararası rekabete geçiş yapmasıyla birlikte şirketler birden çok ülkede karmaşık üretim ağları olan, hatta tanımları konusunda üzerinde uzlaşmaya varılamayan yapılara dönüşmüştür.² Şirketlerin davranışları incelendiğinde yeni işyerlerinin, maliyetin en aza indirilmesi için, ucuz işgücünün bulunduğu ve sendikal hakların kısıtlandığı ülkelerde açıldığı görülebilir.³ Avrupa ve Amerika merkezli şirketlerin yeni yatırım yerleri olarak genellikle Asya ülkelerini seçmesi bu duruma örnek gösterilebilir. Bu şirketlerin şirket davranış kurallarını yeni ülkelere götürdüğü ve çalışma ilişkilerinde olumlu gelişmeler yaşattığı da ifade edilmektedir.⁴ Konuya sendikalar tarafından bakıldığında ise, şirketlerin üretim ağına dahil ettiği ülkelerin ulusal sendikaları tanımadığı, bazen de şirketlerin yatırım yapacağı ülke hükümetlerinden sendikal hareketin büyümelerine engel olmayacağına yönelik taahhütler aldığı görülmektedir.⁵ Ancak sendikalar bakımından en önemli sorun, şirketlerin ulusal düzeyde güç dengesini kurmaya yarayan toplu iş sözleşmesi sürecinde ulusal sendikalar karşısında güç dengesini bozmalarıdır.⁶

KÇS'lere ihtiyaç duyulmasına neden olan bir diğer neden de çalışma koşullarının esnekleşmesidir. Çalışma sürelerinin kısalması, atipik çalışma sözleşmelerinin giderek yaygınlaşması, alt işverenlik ve geçici iş ilişkisi kurumu iş hukukunda yaşanan esnekleşmenin örnekleridir.⁷ Sendikalar bu koşulların çalışma şartları ve sendikal örgütlenme üzerinde yarattığı olumsuz etkilerin giderilmesi için çerçeve sözleşmeleri bir kazanım olarak görmektedir.⁸ Ancak şirketler,

² Neil M. Coe/Peter Dicken/Martin Hess, (2008). *Global Production Networks: Realizing The Potential*, Journal Of Economic Geography, 2008, C.8, S.3, s. 271 vd., Peter J. Buckley/ Francisco B. Castro. *The investment development path: the case of Portugal*, Transnational Corporations, 1998, S. 7, s. 1 vd., Ayrıntılı bilgi için bkz: Peter J. Buckley/ Francisco B. Castro, *The investment development path: the case of Portugal*. Transnational Corporations, 1998, S.7

³ Gülten Kutal, *Çok Uluslu Şirketlerin İşçi-İşveren İlişkilerine Etkisi*, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, 2012, S. 31, s. 245.

⁴ Kutal, a.g.m., s. 245.; Felix Hadwiger, *Global framework agreements: Achieving decent work in global supply chains?*, International Journal of Labour Research, 2015, S. 7, s. 10.

⁵ Kutal, a.g.m., s. 248.

⁶ Kural, a.g.m., s. 248., Hadwiger, a.g.m., s. 10 vd.

⁷ "İşin taşeronla verilmesi, esnekleştirilmesi ve geçicileşmesi sonucunda, sendikaların güç kaybı ve işgücü piyasalarının kuralılaşması hızlandı ve güvencesiz çalışma ile taşeron işçiliği - IndustriALL'un yazarın deyimiyle, "üçlü tuzak"- ivme kazandı." Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 7.

⁸ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 6.; Hadwiger, a.g.m., s. 10.

üretim ağlarını ekonomik güçleri nedeniyle çok hızlı bir şekilde yeni ülkelere genişletebilirken sendikal örgütlenmenin uluslararası düzeyde bu hıza yetişememesi nedeniyle sendikal hareketi olumsuz etkilediği görülmektedir.⁹

Küreselleşme ve çalışma koşullarının esnekleşmesinin yanı sıra, iş hayatındaki davranış biçimleri ve kuralların düzenlenmesi sırasında, işçilerin de sürece dahil edilmesi gerekliliği KÇS'lere duyulan ihtiyacı ortaya koymaktadır. 1990'larda Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasına Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ)'nün temel çalışma ilişkilerine ilişkin hükümleri (sosyal hükümler) eklenmiştir.¹⁰ Bu durum ilk bakışta çalışma koşullarının iyileştirilmesi ve sendikal hakların tanınması bakımından bir kazanım olarak görülebilir. Ancak Anlaşma'nın sözü edilen sosyal hükümleri uluslararası işletmelerin şirket davranış normları arasına girmeye başlamıştır. Şirket davranış normları ise toplu iş sözleşmeleri ve KÇS'lerden önemli farklar içermektedir.¹¹ Öncelikle şirket davranış kuralları işçi tarafıyla müzakere edilmeksizin şirketlerin en üst yönetimi tarafından tek taraflı olarak konulan kurallardır. Sürece işçi tarafının dahil edilmemesi, davranış kurallarının işçiler ve sendikalar tarafından benimsenmesinden ve uygulamanın denetlenmesine kadar birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Ayrıca şirket davranış kuralları şirket yönetimi tarafından yine tek taraflı olarak istenildiği zaman kaldırılabilir. Bu nedenle sözleşmelerde olduğu gibi herhangi bir yaptırım uygulanamamaktadır.

Sendikalar sendikal hareket üzerinde küreselleşmenin yarattığı bu olumsuz koşullara çare bulabilmek adına uluslararası işçi örgütlerinin aracılığıyla çalışma koşullarının belirlenmesinde yeni bir müzakere aracı arayışına girmişlerdir.¹² KÇS'ler şu ana kadar sendikaların bulduğu en etkili formül olarak kabul edilmektedir.¹³ Ancak KÇS'leri doğrudan düzenleyen uluslararası belgeler bulunmadığı için süreç içinde hala bazı aksaklıklar yaşanmaktadır. KÇS'ler büyük oranda UÇÖ'nün temel sözleşmelerine dayandırılmaktadır.¹⁴

⁹ Kutal, a.g.m., s. 249.

¹⁰ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 6.

¹¹ Hadwiger, a.g.m., s. 4.

¹² Harry C. Katz/ Thomas A. Kochan/ Alexander Colvin, *Global Pressures: Multinational Corporations, International Unionism, and NGO.*, Ithaca NY, ILR Press, 2015, s. 265 vd., Michael Fichter/ Dimitris Stevis, *Global Framework Agreements in a Union-Hostile Environment: The Case of the USA*, 2013, Erişim: SSRN 2383825, s. 5 vd

¹³ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 6., Michael Fichter/ Jörg Sydow, *Organization and Regulation of Employment Relations in Transnational Supply and Production Networks: Ensuring Core Labor Standards through International Framework Agreements?*, Berlin, Institute of Political Science & Institute of Management, Freie Universitaet, 2008, s. 7

¹⁴ Peter Wilke/ Kim Schutze, *Background Paper on International Framework Agreements for a Meeting of the Restructuring Forum Devoted to Transnational Agreements at Company Level*, Hamburg, 2008, s. 5

Yukarıda bahsedilen nedenlere dayanılarak hazırlanan ilk KÇS 1986 yılında imzalanmıştır.¹⁵ İmzalanan KÇS sayısı 2000’li yıllardan itibaren hızla artmıştır. 2000 yılında sadece 8 tane KÇS imzalanmışken, 2013 yılında bu sayı 100’ü aşmıştır.¹⁶ Ancak oransal olarak bunların yalnızca %17’si Avrupa dışı ülkelerde merkezi bulunan şirketlerin taraf olduğu sözleşmelerdir.¹⁷ İmzalanan sözleşmelerin uygulanabilirliği de ulusal sendikaların gücüne ve denetim mekanizmalarını ne kadar iyi organize ettiğine bağlı olarak değişim göstermektedir. Bu nedenle KÇS’lerin dünya genelinde yaygın olarak ve aynı verimlilikte uygulandığı söylenemez.¹⁸ Bu makale kapsamında incelenen akademik yayınlar ve sendikaların görüşlerinin, KÇS’lerin, sendikalar karşısında dengesiz bir güç kazanan uluslararası şirketlerin çalışma koşullarını iyileştirmesi ve sendikal hakları tanımaları bakımından “sendikaların geliştirdiği en önemli araç”¹⁹ olduğu yönündedir.

2. KÜRESEL ÇERÇEVE SÖZLEŞMELERİN TARAFLARI, KAPSAMI VE İÇERİĞİ

KÇS’ler, uluslararası bir şirket ile uluslararası federasyon arasında akdedilen, şirketin tüm işyerlerinde hatta sendikaların hedeflediği şekliyle şirketin tüm üretim ağında uygulanacak asgari çalışma standartlarını belirleyen sözleşmelerdir.²⁰ Bu sözleşmeler, sendikaların uluslararası düzeyde örgütlenmesini güçlendirebilecek ve dolayısıyla sendikal hak ve özgürlüklere katkı sağlayabilecek bir mücadele alanı yaratmaktadır. Bu nedenle sözleşmelerin yeni şirketler tarafından imzalanması, kapsamına alacağı işyerlerinin genişletilmesi ve içeriğinin zenginleştirilmesi sendikalar bakımından oldukça önemlidir.

A. Küresel Çerçeve Sözleşmelerin Tarafları

KÇS uluslararası şirketler ile uluslararası işçi federasyonları arasında imzalanan sözleşmelerdir. Sözleşmenin imza tarafı bunlar olmakla birlikte, sözleşmelerin tanıtılması, sahiplenilmesi ve denetim mekanizmasının iyi işleyebilmesi

¹⁵ “Fransa merkezli Danone ile International Union of Food, Agricultural, Hotel, Restaurant, Catering, Tobacco and Allied Workers’ Association (IUF) arasında imzalanmıştır.” Volker Telljohann/ Isabel Da Costa/ Torsten Müller/ Udo Rehfeldt/ Reingard Zimmer, *European and international framework agreements: Practical experiences and strategic approaches*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2009, s.491

¹⁶ Jörg Sydov/Michael Fichter/Markus Helfen/Kadire Zeynep Sayım, *Implementation of Global Framework Agreements*, Transfer: European Review of Labour And Research, 2014, C. 20, S. 4, s. 491

¹⁷ Sydov/Fichter/Helfen/Sayım, a.g.m., s.491, Fichter/Sydov, a.g.m., s. 7

¹⁸ Telljohann/Da Costa/Müller/Rehfeldt/Zimmer, a.g.m., s. 11

¹⁹ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 6

²⁰ Sydov/Fichter/Helfen/Sayım, a.g.m., s. 491, Hadwiger, a.g.m., s. 16, Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 5, Wilke/Schutze, a.g.m., s. 4 vd.

için sürece sendikaların ve yerel işyeri yönetimlerinin de dahil edilmesi gerekmektedir. İncelenen çalışmalar KÇS'nin etkili ve verimli şekilde uygulanmasının sendikaların birbiriyle ve üst kuruluşlarla olan sıkı ilişkisine bağlı olduğunu göstermektedir.

a. Uluslararası Şirket ve Uluslararası İşçi Federasyonu

KÇS'ler bir uluslararası şirketin (kimi sözleşmelerde işveren tarafında birden fazla şirket de bulunabilmektedir)²¹ tüm ülkelerdeki işyerlerinde uymayı taahhüt ettiği temel çalışma prensiplerinden oluşur.²² Tanım bu şekilde verilmekle birlikte şirketler özellikle ulusal sınırları aştıklarında üretim, dağıtım, pazarlama süreçlerinde yapılan birçok farklı işlemle birbirine bağlı olan bir üretim ağından oluşur. Bu üretim ağında birden fazla şirket bulunabilir. İncelenen çalışmalarda KÇS'lerin işveren tarafını temsilen, ulusötesi şirket, çokuluslu şirket, uluslararası şirket gibi birçok farklı kavram kullanılmıştır. Bu kavramların teknik olarak birbirinden farklı anlamlar ifade ettiğini belirtmekle birlikte, bu çalışmada KÇS'lerin işveren tarafını temsilen uluslararası şirket kavramı kullanılacaktır.²³

KÇS'ler, sendikal hareketin dünyanın her yerinde zayıflamasına karşı işçi örgütlerinin geliştirdiği başarılı bir strateji olarak kabul edilmektedir. KÇS'lerin gelişiminde Avrupa Çalışma Konseyleri'nin Avrupa ülkelerinde geliştirmeye çalıştığı çalışma standartlarının da büyük bir etkisi bulunmaktadır.²⁴ Bunun sonucu olarak Özellikle Avrupa Birliği üyesi ülkelerde faaliyette olan şirketlerin bu sözleşmeleri imzaladığı gözlenmektedir. Literatürde buna bağlı olarak KÇS'lerden ayrı olarak Avrupa çerçeve sözleşmeleri kavramı da kullanılmaktadır.²⁵

Sözleşmelerde uluslararası şirketlerin taraf olmasıyla birlikte toplu pazarlık sürecinde sağlanması gereken güç dengesini sendikalar aleyhine bozulma göstermektedir. Sendikalar bozulan güç dengesinin yeniden kurulması ve bazen uluslararası düzeyde kabul edilmiş asgari çalışma ilişkilerinin gerisinde kalan

²¹ QDVC (Qatari Diar VINCI Construction) – VINCI (çokuluslu şirket) – BWI (Building and Wood Workers' International) arasında imzalanan KÇS, [https://www.vinci.com/commun/communiqués.nsf/04438CA8C4A62422C12581DF00384D96/\\$file/accord-cadre-En.pdf](https://www.vinci.com/commun/communiqués.nsf/04438CA8C4A62422C12581DF00384D96/$file/accord-cadre-En.pdf), 23.08.2019

²² Bu makale kapsamında incelenen çalışmalarda küresel çerçeve sözleşmelerin tarafı olan şirketler için ulusötesi şirket, uluslararası şirket, çokuluslu şirket ve küresel şirket kavramlarının kullanıldığı görülmüştür.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Buckley/Castro, a.g.m., ayrıca UÇÖ'nün Çokuluslu Şirketler ve Sosyal Politika ile İlgili İlkeler Üçlü Bildirgesi'nde de kavramların birbirinden farklı anlamlara geldiği belirtilmekle birlikte çokuluslu şirket kavramı kullanılmıştır.

²⁴ Wilke/Schutze, a.g.m., s. 3

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: Telljohann/ Da Costa/ Müller/ Rehfeldt/ Zimmer, a.g.m.

yasal düzenlemelerin bulunması nedeniyle uluslararası işçi örgütlerine ihtiyaç duymaktadır. İmzacı taraf olan uluslararası işçi federasyonları KÇS'ler ile bu ihtiyacı karşılamaya çalışmaktadır.

b. Yerel İşyeri Yönetimleri ve Sendikalar

Sözleşmenin imza yetkisine sahip tarafları şirketin en üst yönetimi ve uluslararası işçi örgütü olmakla birlikte, sözleşmenin müzakere sürecine hem şirket yerel yönetiminin hem de sendikaların katılımının sağlanması birçok açıdan önemlidir.²⁶ Müzakere süreci bakımından uluslararası federasyonların tüm ülkelerdeki her bir işkolunun dahil olduğu iş yerinin gereksinimlerini bilmesi mümkün değildir. Sözleşmenin imzalandıktan sonra uygulamanın denetlenebilmesi, sözleşmeye aykırı uygulamaların şirketin merkez yönetimine taşınabilmesi de yine ulusal sendikalar aracılığıyla mümkün olmaktadır.

Yerel işyeri yönetimleri ve sendikalar KÇS'lerin doğrudan bir tarafı olmakla birlikte, sözleşme sürecinde üstlendiği sorumluluklar nedeniyle sözleşmelerin dolaylı tarafı olarak nitelendirilebilir. Bu sayede sözleşmenin kapsamında olan tüm taraflar bakımından anlaşılması, sahiplenilmesi ve görüş bildirilmesi olanağı sağlanmış olacaktır. Ayrıca tarafların sözleşmenin uygulanması ve denetimin sağlanması bakımından sorumluluk bilincini de arttıran demokratik katılımı sağlamaktadır.²⁷

B. Küresel Çerçeve Sözleşmelerin Kapsamı

KÇS'lerin, uluslararası bir şirketin tüm işyerlerinde uygulanacak asgari çalışma normlarını içereceğini yukarıda belirtmiştik. Ancak şirketlerin altişverenleri, iştirakleri ve tedarikçileri de bulunabilir. İşletmeler genellikle maliyeti düşürmek için başvurdukları bu iş ilişkilerine KÇS'lerin uygulanmasını istemektedir. Sözleşmenin uygulama alanının belirlenmesi müzakere sürecinde sendikaların karşılaştıkları en büyük sorunlardan biri olarak görülmektedir.²⁸

Sendikalar bakımından KÇS'ler bir şirketin tüm "üretim ağlarında", çalışma ilişkilerini düzenlemek ve böylece sendikal gücü artırmak için "*stratejik bir araçtır*".²⁹ Yani şirketin üretim, dağıtım, pazarlama yaptığı tüm işyerlerini ve tedarik zincirlerini de sözleşme kapsamına almayı hedeflerler. Buna göre şirketler tedarik zincirlerindeki diğer şirketlerde de bu kurallara uyulmasını sağlamak

²⁶ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 8

²⁷ Wilke/Schutze, a.g.m., s. 5

²⁸ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 6, Wilke/Schutze, a.g.m., s. 9, Hadwiger, a.g.m., s. 45 vd.

²⁹ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 6, Wilke/Schutze, a.g.m., s. 5



zorundadır.³⁰ Tedarik zincirinde bulunan şirketler bağımsız birer şirket oldukları için sözleşme tarafı şirketin alt işverenlerinden farklı bir konuma sahiptir. Tedarik zincirindeki şirketlerin sürece nasıl dahil edileceği ve bu şirketlerde imzalanan çerçeve sözleşmeye aykırı bir uygulamanın nasıl çözümlenebileceği ise doktrinde de tam olarak belirlenememiştir.

Bu konuda sendikalar yalnızca sözleşmenin tarafı olan şirket yönetimi üzerinde baskı kurabileceğinden tedarik zincirinde bulunan şirketlerin çerçeve sözleşmeyi uygulamasını sağlayabilecek taraf imzacı şirket olacaktır. Ancak bir şirketin üretim ağı kısa ya da uzun süreli aralıklarla devamlı değişmektedir.³¹ Bu nedenle sendikaların yalnız sözleşme imzalandığı anda tedarik zincirinde yer alan şirketlere değil, aynı zamanda çerçeve sözleşmenin yürürlükte bulunduğu süre boyunca oluşturacağı yeni üretim ağlarına da sözleşme hükümlerini taşıması gerekir.³² Bunu sağlamanın zorluğu gerekçesiyle taraf şirket, tedarikçilerini sözleşme kapsamına almaktan kaçınmakla birlikte KÇS'ler bugün geçmişe oranla daha çok altişvereni ve tedarik zincirinde bulunan işyerlerini kapsamına almaktadır. Bu oran 1989-2008 yılları arasında %9 iken 2009-2015 yılları arasında %11'e yükselmiştir.³³

Sözleşmelerin müzakeresinde işçi tarafının yaşadığı bir diğer sorun çerçeve sözleşmenin kapsamına alt işverenlerin işyerlerinin dahil edilip edilmeyeceğidir.³⁴ Şirketlerin tutumu genellikle alt işveren işyerlerinin kapsama alınmaması yönünde olmaktadır.³⁵

IndustriALL'ın 2012 yılında Frankfurt'ta düzenlediği KÇS'lerle ilgili konferansta KÇS'nin tarafı olan şirketin yanında bu şirketin tedarikçilerinin ve taşeronlarının da kapsama alınması yani şirket yönetimi tarafından buralarda da sözleşme hükümlerine uyulacağının taahhüt edilmesi öngörülmüştür.³⁶

C. Küresel Çerçeve Sözleşmelerin İçeriği

İsmlendirmedeki “çerçeve” kavramı bu sözleşmelerin, çalışma koşullarının ve çalışan- işveren ilişkilerinin, uluslararası düzenlemelerin temel prensiplerini

³⁰ “Uluslararası şirketin örgütsel sınırından öteye gitmeyen sendikal politika çok sınırlıdır; sendikal politikanın tedarikçilerden, taşeronlardan, hizmet ve satış birimlerinden ve - giderek- insangücü servislerinden oluşan tüm sistemi kapsamı gerekiyor.” Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s.7

³¹ Coe/Dicken/Hess, a.g.m., s. 272, Wilke/Schutze, a.g.m., s. 9

³² Wilke/Schutze, a.g.m., s. 5, Telljohann/Da Costa/Müller/Rehfeldt/Zimmer, a.g.m., s. 36

³³ Hadwiger, a.g.m., s. 54

³⁴ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 6.

³⁵ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 6, Hadwiger, a.g.m., s. 45 vd.

³⁶ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 15, [https://www.vinci.com/commun/communiqués.nsf/04438CA8C4A62422C12581DF00384D96/\\$file/accord-cadre-En.pdf](https://www.vinci.com/commun/communiqués.nsf/04438CA8C4A62422C12581DF00384D96/$file/accord-cadre-En.pdf), 23.08.2019

içermesinden kaynaklanmaktadır.³⁷ Yani toplu iş sözleşmeleri gibi ayrıntılı düzenlemeler içermemekte, şirketlerin tüm ülkelerdeki işyerlerinde uymak zorunda olduğu asgari çalışma koşullarını belirlemektedir.³⁸ Bu koşullar Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ)'nün asgari çalışma standartlarını belirlediği sözleşmelerine dayanmaktadır.³⁹ Ayrıca Birleşmiş Milletler İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri de sözleşmenin içeriğine dahil olmaktadır.⁴⁰

UÇÖ'nün zorla çalıştırma yasağı (29 ve 105 no.lu), ayrımcılığın yasaklanması (111 no.lu), çocuk işçiliği (138 ve 182 no.lu), cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve sendikal hak ve özgürlükler (87, 98 ve 135 no.lu) konularında imzalanan sözleşmeleri KÇS'ler kapsamına alınmaktadır.⁴¹ Örneğin IndustriALL sözü edilen konferansında bir çerçeve sözleşmenin imzalanabilmesi için UÇÖ'nün temel sözleşmelerini sözleşme nurlması da belirtilerek içermesi gerektiğini belirlemiştir.⁴² Kuşkusuz KÇS'ler bu asgari standartların üzerinde düzenlemeler de içerebilir.⁴³

2008 yılında 59 KÇS üzerinde yapılan araştırmaya göre uluslararası işçi federasyonları UÇÖ'nün sayılan bu sözleşmelerini büyük bir oranda KÇS'lerin kapsamına almayı başarmıştır.⁴⁴ Kaynağa göre KÇS'lerin %90'ı ayrımcılık, zorla çalıştırma yasağı, çocuk işçiliğine, %95'i ise sendikal haklara ilişkin UÇÖ düzenlemelerini kabul etmiştir. Ancak KÇS'ler asgari standartları belirlemektedir. Çalışma koşulları ve sendikal haklar bakımından asgari standartların üzerinde yasal düzenlemeler ya da toplu iş sözleşmeleri bulunuyorsa işçi tarafı lehine olan hükümler uygulanacaktır.⁴⁵

3. KÜRESEL ÇERÇEVE SÖZLEŞMELERİN SENDİKAL HAKLARA ETKİSİ

KÇS'lerin müzakere edilmesi, imzalanması, denetlenmesi ve aykırılık halinde yaptırımların neler olacağı konularında genel geçer bir düzenleme bulunmamaktadır.⁴⁶ Ancak sendikal hakların korunması ile ilgili olarak UÇÖ'nün

³⁷ Sydov/Fichter/Helfen/Sayım, a.g.m., s. 491.

³⁸ Wilke/Schutze, a.g.m., s. 7.

³⁹ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s.5 Hadwiger, a.g.m., s. 16, https://www.aeon.info/export/sites/default/common/images/en/pressroom/imgsrc/141110R_3.pdf, 19.08.2019.

⁴⁰ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 7 Hadwiger, a.g.m., s 38 vd.

⁴¹ Wilke/Schutze, a.g.m., s. 7.

⁴² Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 15

⁴³ Telljohann/Da Costa/Müller/Rehfeldt/Zimmer, a.g.m., s. 8

⁴⁴ Wilke/Schutze, a.g.m., s. 7, diğer çalışmalar için bkz: Telljohann/Da Costa/Müller/Rehfeldt/Zimmer, a.g.m., s. 37

⁴⁵ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 8

⁴⁶ Wilke/Schutze, a.g.m., s.5

özellikle 87 No.lu Sendika Özgürlüğü'nün ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi ve 98 No.lu Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi'nde yer verilen asgari standartlara uyulması kararlaştırılmaktadır.⁴⁷ Ayrıca UÇÖ'nün Çokuluslu İşletmeler ve Sosyal Politika ile İlgili İlkeler Üçlü Bildirgesi de toplu sözleşmenin müzakeresinden uygulanmasına kadar tüm süreçlerde uyulması gereken önemli düzenlemeler barındırmaktadır.⁴⁸ Yine de sözleşme yapılırken bu kurallara uyulacağına yönelik bir düzenlemenin bulunmaması, şirketlerin sözleşmelerde doğrudan UÇÖ sözleşmelerine atıf yapılmasından kaçınmasına neden olabilmektedir.⁴⁹

Henüz çok yeni bir uygulama olan KÇS'lerin, beklentileri başarılı bazı örneklerle sınırlı olarak karşıladığı kabul edilmekle birlikte, ortak bir model geliştirilememesinden kaynaklanan birçok eksikliği bulunduğu görülmüştür.⁵⁰ Ortak bir model geliştirilemediği için konuya sendikalar tarafından bakıldığında KÇS'ler işçi örgütlenmesinin gerekliliğini gösteren ve böylece sendikalaşmayı özendiren bir işleve sahip olabilir.⁵¹ Sendikalar da KÇS'leri özellikle sendikal haklar ve özgürlükler bakımından değerli bulmaktadır.⁵² Bu başlık altında KÇS'lerin sendikal haklar bakımından gerekliliğini kabul eden ancak etkili olabilmesi için geliştirilmesi gereken yönlerine işaret eden görüşlere yer verilecektir.

A. Müzakere Edilmesi ve İmzalanması Sürecinde

a. Sendika Hakkına Etkisi

KÇS'ler işçi örgütleri tarafından sendikal örgütlenmeyi ve her düzeyden işçi örgütleri arasındaki dayanışmayı güçlendirecek bir sözleşme olarak görülmektedir.⁵³ Yapılan araştırmalar ise sendikaların sürece nadiren dahil edildiğini göstermektedir.⁵⁴ Bu durum da sendikaların yapılan sözleşmeyi "sahiplenmeme-

⁴⁷ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 6, Telljohann/Da Costa/Müller/Rehfeldt/Zimmer, a.g.m., s. 6 vd.

⁴⁸ Dimitris Stevis, *International framework agreements and global social dialogue: Parameters and prospects*. 2010, Geneva: ILO, s. 5.

⁴⁹ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 6.

⁵⁰ Sydov/Fichter/Helfen/Sayım, a.g.m., s. 491, Telljohann/Da Costa/Müller/Rehfeldt/Zimmer, a.g.m., s. 36.

⁵¹ Wilke/Schutze, a.g.m., 19

⁵² "Bazı küresel çerçeve sözleşmelerin, şirketin işletmelerinden herhangi birinde işçilerin örgütlenmeye karar vermesi halinde, şirket yönetiminin "tarafsız kalacağı" taahhüdünü içermektedir. Başka bir deyişle şirket, işçileri sendikalaşmaktan caydırmak amacıyla sendikal faaliyete müdahale etmeye kalkışmayacaktır." Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 6.

⁵³ Wilke/Schutze, a.g.m., s.19

⁵⁴ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 8

sine”;⁵⁵ sözleşmenin uygulanmasında ve denetimin sağlanmasında birçok sorunların ortaya çıkmasına ve böylece sözleşmelerin etkisiz kalmasına neden olmaktadır. Hatta birçok örnekte sendikaların ve işyeri yönetimlerinin yapılan çerçeve sözleşmelerden haberinin dahi olmadığı belirlenmiştir.⁵⁶ Çerçeve sözleşmelerin sendika yönetimince bilindiği durumlarda da, sendikaların sözleşmenin önemi ve içeriği hakkında yeterince bilgilendirilmediği görülmüştür.⁵⁷ Bu durum aynı zamanda sendikalar ve uluslararası işçi örgütlerinin iletişim kopukluğunun da bir göstergesidir.

KÇS’lerinin uygulanamamasının bir diğer nedeni de bazı ulusal/yerel sendikaların herhangi bir uluslararası işçi örgütüne üye olmamasıdır.⁵⁸ KÇS imzalanması işçi örgütlerinin bir başarısı olarak görülmekle birlikte sözleşmenin uygulanabilmesi asıl hedeftir. Bu nedenle her ülkedeki ulusal sendikaların birbirleriyle ve uluslararası işçi örgütleriyle iletişiminin sıkı tutulması sözleşmelerin uygulanabilir olmasında bir zorunluluktur. Çünkü sözleşmelerin uygulanıp uygulanmadığının denetiminden ilk basamakta sorumlu olan taraf yerel ve ulusal sendikalar. Sendikal örgütlenmenin zayıf olduğu ülkelerde ise bu beklentiler karşılanamamaktadır. Örneğin Türkiye’de yapılan araştırma KÇS’lerin ya hiç uygulanmadığını ya da sınırlı bir etkiye sahip olduğunu göstermektedir.⁵⁹

KÇS’lerin uygulamadaki etkilerini araştıran akademik makaleler güçlü bir işçi örgütlenmesi olan ülkelerde sürecin sağlıklı işlediğini ve kendisinden beklenen faydaları sağladığını göstermektedir.⁶⁰ Örneğin Brezilya’da büyük bir otomotiv sektörünün işyerinde örgütlü sendika imzalanan KÇS’yi, şirketin Brezilya’da bulunan tedarikçilerine de taşımayı başarmıştır.⁶¹ Verilen başarılı örnekler uluslararası gelişmeleri yakından takip eden ve iyi organize olmuş sendikaların çabalarıyla ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle zaten sendikal örgütlenmenin zayıf olduğu

⁵⁵ Telljohann/Da Costa/Müller/Rehfeldt/Zimmer, a.g.m., s. 37

⁵⁶ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 7

⁵⁷ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 7

⁵⁸ http://pasoc.innepas.eu/fileadmin/docs/Pasoc2/Praxishilfe/EN_IFA-Praxishilfe.pdf, 15.08.2019.

⁵⁹ KÇSlerin çalışma ilişkilerine etkisine yönelik birçok akademik çalışma, 2008-2011 yılları arasında Berlin Özgür Üniversitesi’nin öncülüğünde yapılan “Ulusötesi Üretim ve Tedarik Ağlarındaki İstihdam İlişkilerinin Örgütlenmesi ve Denetlenmesi: Temel Çalışma Standartları Güvence Altına Alınabilir mi” adlı projeye dayanmaktadır. Proje, Almanya, Türkiye, Hindistan, Brezilya ve ABD’de yürütülmüştür.

⁶⁰ Sydov/Fichter/Helfen/Sayım, a.g.m., s. 491, http://pasoc.innepas.eu/fileadmin/docs/Pasoc2/Praxishilfe/EN_IFA-Praxishilfe.pdf, 15.08.2019, Torsten Müller/Hans-Wolfgang Platzer/ Stefan Rüb, *International Framework Agreement: Opportunities and Limitations of a New Tool of Global Trade Union Policy*, 2008, S. 8, s. 7 vd.

⁶¹ Sydov/Fichter/Helfen/Sayım, a.g.m., S. 491; Ayrıntılı bilgi için bkz: Michael Fichter/Markus Helfen, *Shaping Global Industrial Relations. The Impact of International Framework Agreements*, (Ed) Konstantinos Papadakis, Houndsmills: Palgrave Macmillan, s.73–97.

ya da sendikaların uluslararası işçi örgütleriyle bağının zayıf olduğu ülkelerde sendikal örgütlenme hakkı üzerinde büyük bir fark yaratmamaktadır.

b. Toplu İş Sözleşmesi Hakkına Etkisi

KÇS'ler ise sendikalar bakımından bir şirketin tüm üretim ağında uygulanma hedefinde olan sözleşmelerdir. Bu nedenle birçok farklı işyeri, işletme ve işkolunu kapsamına alan genel düzenlemeler içerir. Yani KÇS'ler yeni bir toplu pazarlık düzeyi değil, ulusal düzeyde imzalanacak toplu iş sözleşmeleri için standartlar belirleyen ve bu anlamda ulusötesi şirketlerle sendikalar arasında sosyal diyalogu güçlendiren sözleşmelerdir.⁶² Burada KÇS'lerin toplu iş sözleşmesi hakkına şöyle bir faydası olabilir; KÇS'ler özellikle çalışma standartlarının kötü olduğu ülkeler için yol gösterici olabilir. Çünkü KÇS'ler o ülkedeki yasal düzenlemelerin ve toplu iş sözleşmesi hükümlerinin daha üzerinde düzenlemeler içeriyorsa çerçeve sözleşmenin uygulanacağına yönelik hükümler içerir.

Ayrıca şirketlere üretim ve üretim ağında bulunan diğer şirketlere UÇÖ'de tanınan sendikal hak ve özgürlüklere müdahale etmeme ve faaliyette bulunduğu ülkenin yasal düzenlemelerinden bağımsız olarak tarafsız kalma yükümlülüğü getirir. Bu nedenle toplu iş sözleşmesi imzalanmamış işyerlerinde en azından asgari koruma getiren sözleşmelerle çalışma şartları ve sendikal özgürlükler güvence altına alınmış olur.

c. Demokratik Katılım Hakkına Etkisi

Sözleşmelerin müzakere edilmesi kural olarak uluslararası işçi örgütü ve şirketin genel merkezi arasında gerçekleştirilir. Ancak her bir işyerinde yaşanan sorunlara ve ihtiyaçlara sözleşmenin bir çözüm getirebilmesi için sendikaların da sürece katılımı oldukça önemlidir. Hatta işyeri yönetimleri çerçeve sözleşmelerle üzerlerine düşen sorumlulukları daha iyi anlayabilmek adına müzakerelerde temsil edilebilmelidir.

Müzakere sürecinde sendikal hak ve özgürlüklerin (demokratik katılım vs) ne derece uygulanacağı şirket yönetimlerinin bu konuya tutumlarıyla doğrudan ilişkilidir. İmzalandıktan sonra uygulanan çerçeve sözleşmelere bakıldığında bu "*katılımcı sosyal sorumluluk anlayışına*"; gelişmiş olan şirketlerin uluslararası işçi örgütleri ve onların üyelerinin hatta ulusal/yerel sendikaların da katılımının sağlanmasını desteklediği görülmektedir.⁶³ Ancak hala birçok şirket için henüz

⁶² Fichter/Sydow a.g.m., s. 5

⁶³ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 11, [https://www.vinci.com/commun/communiqués.nsf/04438CA8C4A62422C12581DF00384D96/\\$file/accord-cadre-En.pdf](https://www.vinci.com/commun/communiqués.nsf/04438CA8C4A62422C12581DF00384D96/$file/accord-cadre-En.pdf), 23.08.2019, Fichter/Sydow a.g.m., s. 10 vd.

bu anlayış gelişmemiştir. Uygulamaya bakıldığında, imzalandığı halde hayata geçirilemeyen sözleşmelerin fazlalığı nedeniyle, şirketlerin müzakere sürecine ulusal sendikaların katılımını desteklemediği sonucuna varılmaktadır.⁶⁴ Bu şirketler, KÇS'leri, geleneksel olarak geliştirdikleri şirket davranış kuralları gibi "gönüllülük esasına dayalı sosyal sorumluluk anlayışına"⁶⁵ sahiptir.

B. Sözleşmenin Uygulanması Sürecinde Uyuşmazlık Çıkması Halinde Çözüm Yollarına Başvurma Hakkına Etkisi

KÇS'lerin denetiminin sağlanması ve sözleşmeye aykırılık halinde uyuşmazlıkların çözümüyle ilgili ortak bir düzenleme bulunmamakla birlikte, uygulamada bu konulara ilişkin hükümlere sözleşmelerde yer verilmektedir.⁶⁶ Örneğin Uluslararası Taşımacılık İşçileri Federasyonu (ITF) imzalanacak çerçeve sözleşmelerde yerinde denetimin sağlanması için bir inceleme grubu oluşturulmasını ve uyuşmazlık çıkması halinde tahkim yoluna başvurulmasını öngörmüştür.⁶⁷ Bunun yanında QDVC-VINCI-BWI arasında imzalanan sözleşmenin uygulanmasında bir uyuşmazlık çıkması halinde yerel işyeri yönetiminin şirket genel merkezi tarafından uyarılacağı ve uyuşmazlık giderilmezse bağımsız bir inceleme grubu oluşturulacağını belirtmiştir.⁶⁸

KÇS'lerin denetiminde süreç tersten işlemekte ve denetim sorumluluğu en fazla olan taraf sendikalar olmaktadır.⁶⁹ Her bir işyeri için yetkili olan sendikanın imzalanan sözleşmeyi üyelerine anlatması ve işyeri sendika temsilcileri vasıtasıyla işyerinde uygulanıp uygulanmadığının denetiminin yapılması gerekmektedir. Çerçeve sözleşmenin uygulandığı bir iş yerinde yetkili sendika sözleşmeye herhangi bir aykırılık tespit ettiğinde bu aykırılığı, sözleşmenin tarafı olan uluslararası işçi federasyonuna bildirmelidir. Bunun yanında bazı sözleşmelerde şirkete de sözleşmeye uygun davranıldığına yönelik rapor verilmesi sorumluluğu getirilmektedir.⁷⁰

Sözleşmenin tarafı olan uluslararası işçi federasyonu sözleşme hükümlerinin ihlal edildiğini bu süreç tamamlandıktan sonra şirketin yönetim organına

⁶⁴ Dimitris, a.g.e. s.14, <http://column.global-labour-university.org/>, 15.08.2019

⁶⁵ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 11

⁶⁶ Fichter/Stevis a.g.m., s. 5

⁶⁷ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 19

⁶⁸ [https://www.vinci.com/commun/communiqués.nsf/04438CA8C4A62422C12581DF00384D96/\\$file/accord-cadre-En.pdf](https://www.vinci.com/commun/communiqués.nsf/04438CA8C4A62422C12581DF00384D96/$file/accord-cadre-En.pdf), 23.08.2019.

⁶⁹ Jesper Nilsson, *A tool for achieving workers' rights*, Metal World, S.4, 2002, s. 22 vd.

⁷⁰ [https://www.vinci.com/commun/communiqués.nsf/04438CA8C4A62422C12581DF00384D96/\\$file/accord-cadre-En.pdf](https://www.vinci.com/commun/communiqués.nsf/04438CA8C4A62422C12581DF00384D96/$file/accord-cadre-En.pdf), 23.08.2019.

götürülmesini sağlayabilir.⁷¹ Görüldüğü gibi KÇS'lerin sendikal hak ve özgürlükleri koruyabilmesi ancak uluslararası işçi örgütlerinin üyeleriyle kuracağı sıkı diyalogla mümkün olabilmektedir. Çünkü bu ilişkide, sözleşmelerin uygulanmasını sağlamak için denetimi sağlayacak ve şirketler üzerinde yaptırım gücü olan tek taraf uluslararası federasyonlardır.

Yukarıda bahsedilen şirketlerin sosyal sorumluluk anlayışına ilişkin geliştirdiği katılımcı ve gönüllülük esasına dayalı tutumları, denetimin sağlanması ve uyuşmazlıkların çözümü süreçlerinde de farklılıkların oluşmasına neden olmaktadır. Katılımcı sosyal sorumluluk anlayışına sahip olan şirketlerde denetimin sağlanması için sendikaların temsil edildiği çeşitli izleme ve denetleme kurullarının oluşturulması sözleşmelerle sağlanmaktadır.⁷² Ancak demokratik katılımın desteklenmediği şirketlerde denetimin yapılamamasından dolayı sözleşmelerin uygulanamadığı görülmektedir.⁷³

KÇS'lerle ilgili olarak yaşanan sorunların yanında, başarılı bir şekilde işlediği örnekler de bulunmaktadır.⁷⁴ Bu örneklerin ortak özelliği uluslararası işçi örgütlerinin üyelerini sözleşmenin tüm aşamalarına dahil etmesi, süreç boyunca etkili bir iletişim geliştirmesi ve sözleşmenin uygulanması için şirket yönetimi üzerinde baskı unsuru olmasıdır. KÇS'ler grev hakkını güvence altına almakla birlikte yukarıda bahsedilen zorlukların bulunması nedeniyle sözleşme hükümlerinde uyuşmazlık çıkması halinde çözüm yollarına da yer vermektedir.

Bir diğer olumlu yanı şirketin herhangi bir ülkedeki işyerinde KÇS'nin uygulanmasında bir uyuşmazlık yaşandığında küresel düzeyde şirket yönetimine baskı uygulanabilmekte ve dayanışma grevlerine başvurulabilmektedir.⁷⁵ Bu noktada dayanışma grevinin yasak olduğu Türkiye ve ABD⁷⁶ gibi ülkelerde KÇS'lerin grev hakkına yönelik geliştirici bir yönünün olduğu tartışmalıdır. Ancak asıl sorun zaten sendikal örgütlenmesi zayıf olan ülkelerde yaşandığı için Türkiye'de uygulanmayan KÇS'ler bakımından diğer ülkelere şirket üzerinde bir baskının kurulması mümkün olabilir.

⁷¹ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 5

⁷² http://pasoc.innopas.eu/fileadmin/docs/Pasoc2/Praxishilfe/EN_IFA-Praxishilfe.pdf, 15.08.2019.

⁷³ Petrol-İş Sendikası, a.g.m., s. 11.

⁷⁴ Fichter/ Helfen, a.g.e., s.89

⁷⁵ Katz/Kochan/Colvin a.g.m. s. 282 vd.

⁷⁶ Cesar F. Rosado Marzan, *Organizing with international framework agreements: An exploratory study*, UC Irvine Law Review, C. 4, S. 2, 2014, s.730

SONUÇ

KÇS'lerin ortaya çıkışıyla ilgili bu makale kapsamında da bahsettiğimiz nedenleri derledik. Bu nedenlerden yola çıkıldığında KÇS'leri azalan sendikal hareketin yeniden tesis edilebileceği bir mücadele alanı olarak tanımlayabiliyoruz. Şirketler bu sözleşmeler ile UÇÖ'nün çalışma koşulları ve sendikal hak ve özgürlüklerle ilgili temel sözleşme hükümlerine, çalışma koşullarının ve sendikal hareketin UÇÖ'nün belirlediği asgari standartlarda olmadığı ülkelerde dahi, katlanma yükümlülüğü altına girmiş olmaktadır. Ancak incelenen çalışmalardan ortaya çıkan sonuç, KÇS'lerin verimli bir şekilde uygulanması, sendikal hareketin güçlü olmasına ve sendikaların işbirliği ve denetim faaliyetini yerine getirebilmesi için sağlam bir organizasyona sahip olmasına bağlıdır. Sendikal örgütlenme ise faaliyette bulunduğu, işyeri, işletme, işkolu ve ülkeye göre büyük farklılıklar gösterebilmektedir.

KÇS'lerin sendikal hak ve özgürlükler üzerinde etkili olmasını sağlayan bir diğer neden şirketlerin sosyal sorumluluklarına bakış açılarıdır. Katılımcı sosyal sorumluluk anlayışına sahip olan şirket yönetimlerinde KÇS'lerin denetim ve yaptırım mekanizmaları daha geniş ve sendikal hak ve özgürlükleri temel alarak oluşturulurken; gönüllülük esasına dayalı sosyal sorumluluk anlayışına sahip şirketlerde sözleşmenin uygulanması ve denetlenmesi oldukça zorlaşmaktadır. İkinci tür şirket yönetimleri sözleşmeleri şirket davranış kuralları gibi istedikleri zaman tek taraflı olarak askıya alabilmektedir. Bu nedenle sendikaların şirketler üzerinde uygulayabileceği etkili yaptırım yollarına ihtiyaç bulunmaktadır.

KÇS'ler, uluslararası şirketin tüm ülkelerdeki işyerlerinde ve tedarik zincirlerinde uygulamayı kabul ettiği sözleşmeler olsa da hayata geçirilmesi ülkeden ülkeye değişmektedir. Özellikle sendikal hak ve özgürlüklerin yasaklandığı ya da sınırlı olarak uygulandığı ülkelerde sözleşmelerin uygulanamadığı görülmektedir. Sendikalar, bir şirketin herhangi bir ülkedeki işyerinde sözleşmeye uyulmaması halinde diğer ülkelerde de şirket üzerinde eylem baskısı oluşturulabileceğini, dayanışma grevine başvurulabileceğini söylemektedir. Ancak dayanışma grevlerinin ulusal düzenlemelerle yasaklandığı Türkiye gibi ülkelerde KÇS'lere bu yönde bir yaptırım uygulanamayacağı açıktır. Tüm bu nedenlerle KÇS'ler başarılı örnekleri bulunmakla birlikte, sendikal hak ve özgürlüklerin geliştirilmesi bakımından genellikle sınırlı etkilere sahip olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Cesar F. Rosado Marzan, *Organizing with international framework agreements: An exploratory study*, UC Irvine Law Review, C. 4, S. 2, 2014
- Dimitris Stevis, *International framework agreements and global social dialogue: Parameters and prospects*, Geneva: ILO, 2010
- Felix Hadwiger, *Global framework agreements: Achieving decent work in global supply chains?*, International Journal of Labour Research, 2015, S. 7
- Gülten Kutsal, *Çok Uluslu Şirketlerin İşçi-İşveren İlişkilerine Etkisi*, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, 2012, S. 31
- Harry C. Katz/ Thomas A. Kochan/ Alexander Colvin, *Global Pressures: Multinational Corporations, International Unionism, and NGO.*, Ithaca NY, ILR Press, 2015
- Jesper Nilsson, *A tool for achieving workers' rights*, Metal World, S.4, 2002
- Jörg Sydov/ Michael Fichter/ Markus Helfen/ Kadire Zeynep Sayım, *Implementation of Global Framework Agreements*, Transfer: European Review Of Labour And Research, 2014, C. 20, S. 4
- Michael Fichter/ Dimitris Stevis, *Global Framework Agreements in a Union-Hostile Environment: The Case of the USA*, 2013, Erişim: SSRN 2383825
- Michael Fichter/ Jörg Sydow, *Organization and Regulation of Employment Relations in Transnational Supply and Production Networks: Ensuring Core Labor Standards through International Framework Agreements?*, Berlin, Institute of Political Science & Institute of Management, Freie Universitaet, 2008
- Michael Fichter/Markus Helfen, *Shaping Global Industrial Relations. The Impact of International Framework Agreements*, (Ed) Konstantinos Papadakis, Houndsmills: Palgrave Macmillan
- Neil M. Coe/ Peter Dicken/ Martin Hess, (2008). *Global Production Networks: Realizing the Potential*, Journal of Economic Geography, 2008, C.8, S.3
- Peter J. Buckley/ Francisco B. Castro. *The investment development path: the case of Portugal*, Transnational Corporations, 1998, S. 7
- Peter Wilke/ Kim Schutze, *Background Paper on International Framework Agreements for a Meeting of the Restructuring Forum Devoted to Transnational Agreements at Company Level*, Hamburg, 2008,
- Petrol-İş Sendikası, *KÇS Stratejik Bir Araç*, İstanbul, Petrol-İş Dış İlişkiler Servisi, 2014
- Torsten Müller/Hans-Wolfgang Platzer/ Stephan Rüb, *International Framework Agreement: Opportunities and Limitations of a New Tool of Global Trade Union Policy*, 2008, S. 8
- Volker Telljohann/ Isabel Da Costa/ Torsten Müller/ Udo Rehfeldt/ Reingard Zimmer, *European and international framework agreements: Practical experiences and strategic approaches*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2009

İnternet Kaynakları

<http://column.global-labour-university.org/> 15.08.2019

http://pasoc.innopas.eu/fileadmin/docs/Pasoc2/Praxishilfe/EN_IFA-Praxishilfe.pdf,
15.08.2019.

https://www.aeon.info/export/sites/default/common/images/en/pressroom/imgsrc/141110R_3.pdf, 19.08.2019.

[https://www.vinci.com/commun/communiqués.nsf/04438CA8C4A62422C12581DF00384D96/\\$file/Accord-cadre-En.pdf](https://www.vinci.com/commun/communiqués.nsf/04438CA8C4A62422C12581DF00384D96/$file/Accord-cadre-En.pdf), 23.08.2019

