



# HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 4 Sayı: 2 Yıl: 2021  
e-ISSN: 2667-4076





## HUKUK FAKÜLTESİ

**NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ  
(NEÜHFD)**

**YIL (YEAR): 2021**

**CİLT (VOLUME): 4 SAYI (ISSUE): 2**

**E-ISSN: 2667-4076**

**KONYA 2021**

**NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**NECMETTİN ERBAKAN UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW**

**Cilt/Volume: 4 Sayı/Number: 2 Yıl/Year: 2021**

**Sahibi / Owner**

**Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına**

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU

**Baş Editör / Editor in Chief**

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU

**Sayı Editörleri / Issue Editors**

Arş. Grv. Bekir BOGA

Arş. Grv. Enes ERSÖZ

Arş. Grv. Muradiye ÇEVİKÇELİK

**Yabancı Dil Editörü / Foreign Language Editor**

Arş. Grv. Begüm KAYA

**Mizanpaj Editörü**

Arş. Grv. Yasin YILMAZ

**Yayın Türü / Publication Type**

Yerel Süreli Yayın / National Periodical

**Yayın Periyodu / Publication Period**

Yılda iki kez (Haziran ve Aralık) yayımlanır/ Published bi-annual (June, December)

**Yazışma Adresi / Correspondence Address**

Aşkan Mahallesi, Yeni Meram Caddesi, Ahmet Keleşoğlu İlahiyat Fakültesi Binası B

Blok Zemin Kat, Meram/KONYA

Santral: +90 332 325 1063 - Fax: +90 332 325 27 43

E posta: konyahukukdergi@gmail.com & hfd@konya.edu.tr

İnternet adresi: <https://www.erbakan.edu.tr/hukukfak/sayfa/6622> &

<http://dergipark.gov.tr/neuhfd>

**Kısaltma**

Dergiye yapılan atıflarda NEÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

**E-ISSN: 2667-4076**

Aralık 2021

## İÇİNDEKİLER

### ARAŞTIRMA MAKALELERİ

(RESEARCH ARTICLES)

<b>Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Usul Hukukunda Yabancılık Teminatından Kaynaklanan Problemler</b>	<b>324</b>	<b>Problems Of Arising From Obligation Of Foreigners To Provide Security For Costs In International Procedure Law In The Light Of Decisions Of Supreme Court</b>
<i>Döndü KUŞÇU</i>		<i>Döndü KUŞÇU</i>
<b>1876 Anayasası'nda 1909'da Yapılan Değişikliklerin Amaçları ve Uluslararası Andlaşmaların Yapılışı ile İlgili Değişikliğin Amaçlara Uygunluğu</b>	<b>347</b>	<b>The Purposes of The Changes in The Constitution of 1876 in 1909 and The Fitness of The Change Regarding The Conducting of International Treaties for Purpose</b>
<i>Tuğçe ISAYEV</i>		<i>Tuğçe ISAYEV</i>
<b>Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yapı Kayıt Belgesi Alınmasının Yüklenicinin Edimini İfasına Etkisi</b>	<b>362</b>	<b>The Effect of Obtaining A Building Registration Certificate in The Construction Contract for Land Share on The Contractor's Performance</b>
<i>Ayşe ARAT</i>		<i>Ayşe ARAT</i>
<b>Sosyal Plan Kavramı</b>	<b>376</b>	<b>Concept of Social Plan</b>
<i>Gökhan TÜRE</i>		<i>Gökhan TÜRE</i>
<b>Adi Konkordato Çerçevesinde "Kayyım"</b>	<b>390</b>	<b>"Trustee" within The Scope of Ordinary Concordat</b>
<i>Nurullah BAL</i>		<i>Nurullah BAL</i>
<b>Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması</b>	<b>415</b>	<b>The Practice of Mediation as a Case Condition in a Consumer Law Related to Disputes</b>
<i>Banu Bilge SARIHAN</i>		<i>Banu Bilge SARIHAN</i>



<b>Tasarruf Finansman Sözleşmesi</b> <i>Nurtaç ENDES SELVİ</i>	441	<b>Savings Financing Contract</b> <i>Nurtaç ENDES SELVİ</i>
<b>Bankanın Mevduat Hesabı Üzerinde Takas veya Mahsup Yetkisi</b> <i>Seda BAŞ</i>	468	<b>Authority of Barter or Offset of The Bank in Deposit Account</b> <i>Seda BAŞ</i>
<b>Mahkûm Olunan Hapis Cezasının Koşullu Salıverilme Öncesinde Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak İnfazı Bakımından 7242 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişikliklerin Bir Nedeni Olarak Covid-19</b> <i>Fatma Umay GENÇ</i>	494	<b>Covid-19 as a Reason of The Amendments Made by The Law No. 7242 with Regard to The Execution of Sentence of Imprisonment by Application of Probation Measures Before Conditional Release</b> <i>Fatma Umay GENÇ</i>
<b>Covid-19 Salgınının Türk Milletlerarası Aile ve Sözleşme Hukukuna Etkisi</b> <i>Cahit AĞAOĞLU</i>	532	<b>The Effect of Covid-19 Epidemic on Turkish International Family and Contract Law</b> <i>Cahit AĞAOĞLU</i>
<b>Ofis Sözleşmeleri</b> <i>Bedia GÜLEŞ</i>	551	<b>Office Contracts</b> <i>Bedia GÜLEŞ</i>
<b>Yargı Kararları Işığında Yıllık Ücretli İzin Hakkı</b> <i>Hasan KAYIRGAN</i>	577	<b>In The Light of Judicial Decisions Right of Annual Paid Leave</b> <i>Hasan KAYIRGAN</i>
<b>Carl Schmitt’in Hukuk ve Politika Yaklaşımına Bir Bakış</b> <i>Abdülismet GÜLLER</i>	597	<b>A View to Carl Schmitt’s Law and Policy Approach</b> <i>Abdülismet GÜLLER</i>

## ÇEVİRİLER (TRANSLATIONS)

**İslam Haksız Fiil Hukukunda  
Kusursuz Sorumluluk**

*Emrah GÖKMEN*

615

**Strict Liability in the Islamic Law of  
Tort**

*Emrah GÖKMEN*

## YAYIN KURULU/EDİTÖRİAL BOARD

Prof. Dr. Zekeriya MIZIRAK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Ahmet AKMAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üy. AYTEKİN ÇELİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üy. Mehmet Onursal CİN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üy. Banu Bilge SARIHAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

## DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdulkadir BULUŞ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Berrin AKBULUT (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Bilal KUŞPINAR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi)  
Prof. Dr. Birol MERCAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Prof. Dr. Cemil KAYA (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Gül AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. İbrahim Erol KOZAK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Murat ÇEMREK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Orhan ÇEKER (Necmettin Erbakan Üniversitesi Ahmet Keleşoğlu İlahiyat Fakültesi)  
Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Önder KUTLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Ali PASLI (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Emre ESEN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Sinan OKUR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Ahmet Keleşoğlu İlahiyat Fakültesi)  
Doç. Dr. Oğuz Sadık AYDOS (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Selcen ERDAL (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Şakir DEMİRTAŞ (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül ÇOBAN ATİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Baki Oğuz MÜLAYİM (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Hikmet TÜLEN (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KIZIR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu)  
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Savaş ÖZDAĞ (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Yalçın BOSTANCI (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

## BU SAYININ HAKEMLERİ

- Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER  
Prof. Dr. Abdurrahman SAVAŞ  
Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR  
Doç. Dr. Abdülkadir YILDIZ (İki ayrı hakemlik)  
Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ  
Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN  
Doç. Dr. Erdal BAYRAKCI  
Doç. Dr. Hayri KESER  
Doç. Dr. Ayşe ARAT  
Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL  
Doç. Dr. Mesut AYGÜN  
Doç. Dr. Ahmet KARAKOCALI  
Doç. Dr. Cavid ABDULLAHZADE  
Doç. Dr. Necla ÖZTÜRK  
Doç. Dr. Kazım Sedat SİRMEN  
Doç. Dr. Sinan OKUR  
Doç. Dr. Ahmet AKMAN  
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ  
Doç. Dr. Ali Hulki CİHAN  
Doç. Dr. Özcan GÜNERGÖK
- Dr. Öğr. Üyesi Baki Oğuz MÜLAYİM (İki ayrı hakemlik)  
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Tolga ÖZER  
Dr. Öğr. Üyesi Merve ÜNAL AÇIKGÖZ  
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KODAKOĞLU  
Dr. Öğr. Üyesi Ezgi CANKURT  
Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK  
Dr. Öğr. Üyesi Asuman ÇAPAR  
Dr. Öğr. Üyesi Hakan KIZILARSLAN  
Dr. Öğr. Üyesi Merve ACUN MEKENGEÇ  
Dr. Öğr. Üyesi Gökmen GÜNDOĞDU  
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Tolga ÖZER  
Dr. Öğr. Üyesi Bahar KÜPE  
Dr. Öğr. Üyesi Sezai ÇAĞLAYAN  
Dr. Öğr. Üyesi Agah Kürşat KARAUZ  
Dr. Öğr. Üyesi Semih YÜNLÜ  
Öğr. Grv. Dr. Meltem KARATEPE KAYA  
Arş. Grv. Dr. Özge ARPACI  
Arş. Grv. Dr. Emre KÖROĞLU  
Arş. Grv. Dr. Barış DEMİRSATAN

Akademik katkılarından ötürü tüm meslektaşlarımıza teşekkür ederiz.

**NEÜHFD Baş Editörü Prof. Dr. Nuran KOYUNCU**

## DERGİ HAKKINDA

### AMAÇ

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukukun bütün alt dallarında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

### KAPSAM

Dergimiz Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik olarak yayımlanan hukukun bütün alt dallarında makale kabul eden ulusal hakemli bir dergidir. Bilimsel makalelerin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe ve diğer Avrupa dilleridir.

### DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Dergimizde yayımlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.

### TARANDIĞI İNDEKSLER



**ARAŞTIRMA**  
**MAKALELERİ**  
**RESEARCH ARTICLES**

## Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Usul Hukukunda Yabancılık Teminatından Kaynaklanan Problemler\*

Döndü KUŞÇU 

Arş. Gör., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, [kuscudondul@gmail.com](mailto:kuscudondul@gmail.com),  
(Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	Öz
<b>Makale Geçmişi</b> <b>Geliş: 18.05.2021</b> <b>Kabul: 05.07.2021</b> <b>Yayın: 11.08.2021</b>	Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan yahut icra takibinde bulunan kişiler kural olarak teminat yatırmazlar. Yabancılık teminatı bu kuralın istisnalarından biridir. Dava açan, davaya katılan ya da icra takibinde bulunan kişinin yabancı olması durumunda, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 48 kapsamında belirlenen teminatı yatırması gerekmektedir. Milletlerarası usul hukukunda teminat dava şartıdır. Dolayısıyla esas hakkında inceleme yapmadan önce teminata ilişkin karar verilmesi gerekmektedir. Hâkim yahut icra müdürü tarafından verilen kesin süre içerisinde teminat yatırılmazsa dava usulden reddedilir veya talep açılmamış sayılır. Bu çalışmada dava açan, davaya müdahale talebinde bulunan yahut icra takibi yapan kimsenin yabancı olmasından kaynaklanan teminat yatırma yükümlülüğünü Yargıtay kararları ışığında incelenmiştir. Bu bağlamda öncelikle yabancılık teminatına ilişkin bilgi verilmiş, sonrasında uygulamada yaşanan sorunlar ayrı başlıklar halinde ele alınmıştır.
<b>Anahtar Kelimeler:</b> Teminat, Yabancıların Teminat Yatırma Yükümlülüğü, Yargıtay Kararları, Teminat Muafiyeti.	

### Problems Of Arising From Obligation Of Foreigners To Provide Security For Costs In International Procedure Law In The Light Of Decisions Of Supreme Court

Article Info	Abstract
<b>Article History</b> <b>Received: 18.05.2021</b> <b>Accepted: 05.07.2021</b> <b>Published: 11.08.2021</b>	In principle, persons who file a lawsuit, participate in the lawsuit, or pursue execution proceedings in the Turkish court do not deposit a guarantee. One of the exceptions of this rule is the guarantee required by foreigners. The person in a foreign national who files a lawsuit, intervenes in a lawsuit, or initiates execution proceedings should be required to provide security under Article 48 of the Act on Private International Law and International Civil Procedure (IPPL). In international procedural law, the security for costs is a requirement of sue. Therefore, before making an examination merits of the case, a decision on the security for costs should be made. In this study, we was examined the obligation to deposit security arising from the foreignness of the person who filed a lawsuit, intervenes in a lawsuit, or initiates execution proceedings in the light of the decisions of the Supreme Court. If the security is not deposited within the time given by the judge or executive director, the case is duly rejected or the claim is deemed not made. In this respect, first of all, information was given on foreign guarantee, and then the problems encountered in practice were discussed under separated topics.
<b>Keywords:</b> Security for Costs, obligation of foreigners to provide security for Costs, Decisions of Supreme Court, Exemption from Security for Costs	

**Atıf/Citation:** Kuşçu, D. (2021). "Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Usul Hukukunda Yabancılık Teminatından Kaynaklanan Problemler", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), s. 324-346.

**Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

\* Bu makale 10-12 Nisan 2021 tarihinde Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan özet bildirinin genişletilmiş halidir.

## GİRİŞ

1982 Anayasası'nın<sup>1</sup> 36. maddesinde “*Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” denilerek hak arama özgürlüğü kapsamında, yabancı ve vatandaş arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Dolayısıyla yabancıların da Türk yargı mercileri önünde hak arama özgürlükleri Anayasa ile güvence altına alınmıştır.

Kural olarak hak arama özgürlüğü vatandaş ve yabancı ayırımı gözetilmeksizin herkese tanınmaktadır. Bazı istisnai durumlarda dava açanın veya mahkemeden herhangi bir talepte bulunanın ya da icra takibi başlatanın, dava açmadan veya mahkemeden bir talepte bulunmadan veya icra takibi başlatmadan önce belli bir yükümlülüğü yerine getirmesi istenmektedir. Teminat gösterme yükümlülüğü (*cautio judicatum solvi*) muhtelif kanunlarda düzenlenen, hak arama özgürlüğüne getirilen istisnalardan biridir<sup>2</sup>.

Türk Hukukunda pek çok mevzuatta teminat gösterme yükümlülüğüne ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Örneğin; İdari Yargılama Usul Kanunu<sup>3</sup> m. 31, Türk Ticaret Kanunu<sup>4</sup> m. 448, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)<sup>5</sup> m. 84-89, 392, 395-396; İcra ve İflas Kanunu<sup>6</sup> m. 36 ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK)<sup>7</sup> 48. maddesinde teminat yatırma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Milletlerarası usul hukuku bağlamında inceleme konusu yapılan ve yabancılık unsuru içeren teminat gösterme yükümlülüğü, 6100 sayılı HMK m. 84/1-a ile 5718 sayılı MÖHUK m. 48 kapsamında düzenlenen teminat gösterme yükümlülüğüdür. Bahsi geçen bu iki kanundan MÖHUK m. 48'e göre, davacının veya mahkemeden talepte bulunanın yahut icra takibi yapanın yabancı olması nedeniyle kendisinden teminat yatırması istenmektedir. HMK m. 84/1-a'ya göre, Türk vatandaşı kimsenin ise Türkiye'de mutad meskeni bulunmaması nedeniyle, Türk mahkemelerinde dava açması, müdahale talebinde bulunması yahut icra takibi yapması halinde teminat yatırma yükümlülüğü doğmaktadır. Her iki durumda da dava açanın yahut müdahale talebinde bulunanın ya da icra takibi yapanın, ülke ile bağlarının zayıf olduğu varsayılmaktadır. Dava yahut takibin, davalı taraf lehine sonuçlanması halinde, davacı tarafın bu zayıf bağlantısından dolayı haklı çıkan tarafın yaşayabileceği mağduriyetleri önlenmesi amaçlanmaktadır.

Bu çalışma kapsamında MÖHUK m. 48'de öngörülen yabancılık teminatına ilişkin uygulamada karşılaşılan temel problemler, çeşitli Yargıtay kararları ışığında ele alınmıştır. Bu bağlamda öncelikle MÖHUK kapsamında yabancılık teminatının özelliklerinden bahsedilmiş, sonrasında Yargıtay kararları çerçevesinde tespit edilen problemler ayrı ayrı incelenmiştir. HMK m. 84'te düzenlenen mutad meskeni yurt dışında olan Türk vatandaşlarının yatırmak zorunda

<sup>1</sup> RGT. 09.11.1982, S. 17863.

<sup>2</sup> Yılmaz, Ejder. “Davada İnanca”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı*, C. I, Ankara, 1977, s. 381(1977).

<sup>3</sup> RGT. 20.01.1982, S. 17580.

<sup>4</sup> RGT. 14.02.2011, S. 27846.

<sup>5</sup> RGT. 04.02.2011, S. 27836.

<sup>6</sup> RGT. 19. 06. 1932, S. 2128.

<sup>7</sup> RGT. 12.12.2007, S. 26728.



olduğu teminat, çalışmanın kapsamı dışında olmakla birlikte HMK'nın yabancılık teminatında da uygulama alanı bulacak teminata ilişkin diğer hükümlerine yeri geldiğinde değinilecektir.

## I. GENEL OLARAK MİLLETLERARASI USUL HUKUKUNDA TEMİNAT

Teminat, bir borcun zamanında ve uygun biçimde ödeneceğine dair güvence sağlayan işlemdir<sup>8</sup>. Davacının veya davaya müdahale talebinde bulunanın yahut takip talebinde bulunan kişinin davasında yahut talebinde haksız çıkması durumunda, karşı tarafın uğrayacağı muhtemel zararları ve bu bağlamda yargılama giderlerinin davacıdan istenebilmesi zor veya imkânsız olacağı tahmin edilen bazı özel durumlar için kanun koyucu tarafından teminat gösterilmesi gerekli görülmüştür<sup>9</sup>. Belirtmek gerekir ki teminat yatırılması gerekli haller “*tahdidi*” niteliktedir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından ön görülen haller dışında, örneğin sırf tarafların iradesine dayanılarak teminat yatırma zorunluluğu getirilemez<sup>10</sup>.

Teminat gösterme yükümlülüğüne ilişkin kanun hükümleri ile her ne kadar davacı tarafın durumu güçlendirilmekteyse de özellikle davalı konumunda olan karşı tarafın davayı kazanması hâlinde davacıya karşı yargılama giderleri ile duruma göre muhtemel zarar ve ziyanını talep ve icra edebilme konusunda karşılaşacağı zorluklar dikkate alınmıştır. Zira, davacı tarafın yurt dışında yaşaması veya Türkiye ile bağlarının olmaması yahut zayıf olması nedeniyle ileride ortaya çıkabilecek bu güçlüklerin önüne geçilmesi ve bu sebeple de bu giderlerin önceden talep edilerek güvence altına alınması amaçlanmıştır<sup>11</sup>.

Türk Hukuku'nda yabancılık unsuru içeren durumlarda yatırılması gereken teminat konusu HMK m. 84-89 ile MÖHUK m. 48'de düzenlenmiştir. HMK m. 84/1-a'da mutad meskeni Türkiye dışında bulunan Türk vatandaşlarının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması hâlinde yatırılması gereken teminat, MÖHUK m. 48'de ise bir yabancıların Türkiye'de dava açması, davaya katılması ya da icra takibinde bulunması hâlinde yatırılması gereken teminat konusu düzenlenmiştir.

HMK M. 84/1-a'ya göre “...Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması” durumunda davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılayacak uygun bir teminat gösterilir. HMK m.84/1-a uyarınca teminat yatırma zorunluluğunun doğması için öncelikle davayı açan (davaya müdahale

<sup>8</sup> Altuğ, Yılmaz. *Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi*, Sermet Matbaası, 2. Baskı, İstanbul, 1979, s. 71; Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Fıganmeşe, İnci. *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınevi, 9. Baskı, İstanbul, 2021, s. 551; Özkan, Işıl/Tütüncübaşı, Uğur. *Uluslararası Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2017, s. 104.

<sup>9</sup> Çelikel, Aysel/Erdem, B. Bahadır. *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınevi, 16. Baskı, İstanbul, 2020, s. 666; Güngör, Gülin. *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2021, s. 260.

<sup>10</sup> Özkan/Tütüncübaşı, s. 106.

<sup>11</sup> Tütüncübaşı, Uğur. “Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı 2, 2010, s. 193; Özkan/Tütüncübaşı, s. 106; Çelikel/Erdem, s. 666-667.

talebinde bulunan yahut icra takibi yapan) tarafın Türk vatandaşı<sup>12</sup> olması ve mutad meskeninin<sup>13</sup> de Türkiye’de olmaması gerekmektedir. Mutad meskenin Türkiye’de olmaması, fiilen yurt dışında oturuyor olması anlamına gelmektedir. Türk vatandaşının yurt dışında geçici süreli bulunmaması, hayat ilişkilerinin merkezinin yurt dışında olması gerekmektedir<sup>14</sup>. HMK m. 88’e göre; hâkim tarafından belirlenen kesin süre içinde teminat gösterilmezse, dava usulden reddedilir. Müdahale talebinde bulunan kişi, kesin süre içinde istenen teminatı vermezse, müdahale talebinden vazgeçmiş sayılır.

HMK m. 84’te düzenlenen teminat yatırma şartının hangi hallerde ortadan kalkacağı ise HMK m. 85’te düzenlenmektedir. İlgili hükme göre; “*davacının adli yardımdan yararlanması, davacının, yurt içinde istenen teminatı karşılamaya yeterli taşınmaz malının veya aynı teminatla güvence altına alınmış bir alacağının bulunması, davanın, sırf küçüğün menfaatlerini korumaya yönelik olarak açılmış olması, ilama bağlı alacak için ilamlı icra takibi yapılmış olması*” hallerinde

<sup>12</sup> 1982 Anayasasının 66. maddesine göre; Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür. Aynı ifade Türk Vatandaşlığı Kanununda (TVK) da yer almaktadır (TVK m. 3/1-ç). Ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör, Gülin. *Tabiiyet Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2019, s. 2 vd; Nomer, Ergin. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, 25. Baskı, İstanbul, 2018 (Vatandaşlık), s. 3-5; Doğan, Vahit. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Savaş Yayınevi, 15. Baskı, Ankara, 2018, s. 4-8 (2018).

<sup>13</sup> HMK m.84/1-a’nın gerekçesinde mutad mesken “tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafi alanda yoğunlaşması” şeklinde tanımlanmıştır. HMK madde gerekçeleri için bkz. <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlaşan/2011Yılı/Kanunlaşanlar.html> (05.06.2021). Ayrıca HMK’da yer alan bu hükmün yalnızca “gerçek kişiler” için uygulanacağını, Tüzel kişiler açısından m. 84/1-a kapsamında teminat yatırma yükümlülüğü doğmayacağı madde gerekçesinde yer almaktadır. İlgili gerekçeye göre “*Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan kural, ancak Türkiye’de mutad meskeni bulunmayan Türk vatandaşları bakımından uygulanma alanı bulur. Çünkü, mutad mesken ve vatandaşlık kavramları, sadece gerçek kişilerle ilişkili kavramlardır. Tüzel kişilerin ise merkezlerinden söz edilebilir ve onların merkezlerinin kuruluş belgelerinde (statülerinde) gösterilmesi zorunludur. Bu durum karşısında, ikametgâh ve mutad mesken gibi kavramlar zaten tüzel kişilere yabancıdır. Tüzel kişinin merkezi Türkiye’de ise o tüzel kişi Türk tabiiyetindedir; merkezi yurt dışında ise yabancı bir tüzel kişiden söz etmek gerekir. Yabancı tüzel kişi ise Türkiye’de dava açacak yahut takip yapacak olursa, 2675 sayılı Kanunun 32 nci maddesi uyarınca teminat göstermek zorundadır. Bu durumda, tüzel kişilerin daima bir merkezlerinin bulunmasının zorunlu olması sebebiyle, (a) bendinde yer alan düzenleme, onlar bakımından işlerlik kazanamayacaktır. Tüzel kişilerin merkezlerinin bulunması sebebiyle onlarla her durumda ilişkilendirilen bir coğrafi yerin varlığından ötürü Türk tüzel kişileri bakımından (a) bendi kapsamında bir düzenleme sevk etmeye gerçekte ihtiyaç da yoktur*”, bkz. HMK Gerekçesi, s. 33. Doktrinde HMK m. 84 hükmünün tüzel kişiler bakımından uygulanmamasının gerekçesinin, tüzel kişiler açısından mutad mesken kavramının kullanılmaması değil, tüzel kişilerin mutad meskeninin başka bir ülkede olması halinde tüzel kişilerin yabancı statüsünde olması gösterilmiştir. Bkz. Acun Mekengeç, Merve. “Türk Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü”, *MHB*, Cilt: 37, Sayı: 2, 1–33, s. 8.

<sup>14</sup> Çelikel/Erdem, s. 667. Yargıtay Türk vatandaşı olan işçinin yurt dışında işçi olarak bulunması durumunu mutad meskeninin yabancı bir ülkede olması şeklinde yorumlamamıştır. Davacı Türk vatandaşının Türkiye’de resmi ikametgahı olmasının göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiş ve teminat yatırma zorunluluğu olmadığını ifade etmiştir. Kanaatimizce Yargıtay’ın HMK’nın açık hükmüne karşı ikametgahın Türkiye’de olmasından bahisle teminat yatırılmasına gerek olmadığı görüşü hatalıdır. Türk işçinin işini geçici veya kalıcı bir şekilde yabancı ülkede yapıyor olması mutad mesken hukukunun tespit edilmesi açısından önemlidir. Bahse konu kararda Yargıtay; “*Olayda teminat isteme ölçütü olarak Türkiye’de yerleşim yerinin bulunmaması değil, tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafi alanda yoğunlaşması biçiminde tanımlanan mutad meskeninin olmaması gerekir. İşçi olarak yurt dışında yaşayan ve Türkiye’de ikametgahı olan kişinin bulunduğu yabancı bir ülkeyi mutad ikametgâhı olarak seçtiği kabul edilemez. Somut olayda davacı tarafından Türkiye’de ikametgahı olduğuna ilişkin resmî belge de ibraz edilmiştir. Bu durumda mahkemece teminat aranmaksızın davanın esasına girilerek tarafların delillerinin toplanması ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmamıştır*” şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz.; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Esas No: 2012/12360 Karar No: 2013/14625 Karar Tarihi: 31.10.2013 (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

teminat talep edilemez<sup>15</sup>. Çalışma kapsamında ele alınan teminat MÖHUK m. 48’de düzenlenen yabancılık teminatıdır. HMK m. 84’te yer alan mutad meskeni yurt dışında olan Türk vatandaşlarının yatırmak zorunda olduğu teminata ilişkin yalnızca Kanuni düzenlemenin zikredilmesi yeterli görülmüştür.

### A. MÖHUK m. 48 Kapsamında Yabancılık Teminatı

Yabancıların milletlerarası usul hukuku kapsamında teminat yatırması gerektiği hususu, Türk hukukunda öteden beri kabul görmüştür. Bu bağlamda teminat, mülga 23 Şubat 1330 tarihli (1915) “Ecneblerin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanun”un (EHVK) 3. maddesinde<sup>16</sup>, yine mülga 2675 sayılı MÖHUK’un<sup>17</sup> 32. maddesinde<sup>18</sup> ve nihayet 5718 sayılı MÖHUK’un 48. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. MÖHUK m. 48’e göre, Türkiye’de dava açan<sup>19</sup> yahut davaya müdahil olan veya icra takibinde bulunan<sup>20</sup> yabancı gerçek veya tüzel kişi, mahkemenin (veya icra dairesinin) belirleyeceği miktarda teminatı, verilen kesin süre içerisinde yatırmak mecburiyetindedir. MÖHUK m. 48’e göre yatırılması gereken teminat açısından ön şart, dava açanın, davaya müdahil olanın yahut icra takibinde bulunanın yabancı olmasıdır.

<sup>15</sup> HMK m.84/1-a uyarınca yatırılacak teminata ilişkin detaylı bilgi için bkz. Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 6. Bası, İstanbul, 2018, s. 241-244; Kıyak, Emre. “Türkiye’de Mutad Meskeni Olmayan Türk Vatandaşları İçin Teminat Gösterme Yükümlülüğü (HMK m.84/1-a)”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S.1-2, Haziran 2012, s. 231 vd.; Muşul, Timuçin. *Medeni Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2012, s. 175-179; Doğan, Vahit. *Milletlerarası Özel Hukuk*, Savaş Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2019, s. 93, 94 (2019); Arslan, Aziz Serkan. “HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 946-950, Özkan/Tütüncübaşı, s. 108-112; Çelikel/Erdem, s. 666-671.

<sup>16</sup> İlgili hüküm uyarınca; “*Ticaret ve hukuk davalarında yabancılar Türk Mahkemelerinin her çeşit ve derecesine başvurarak, Türk uyrukluları gibi haklarını dava edebilirler veya savunabilirler. Ancak Türkiye’de yeteri kadar mal sahibi olmayan yabancılar tarafından, Türklere karşı, davacı niteliğiyle açılacak veya katılınacak davaların görülebilmesi için, her şeyden önce dava giderleriyle zararlarına karşılık, mahkemece belirlenecek tutarda inanca parası veya kefilliği verilmesi zorunludur. Şu kadar ki, karşılıklı işlem koşuluyla bu zorunluluk ortadan kalkabilir*”. EHVK m. 3 kapsamında teminat yatırma yükümlülüğüne ilişkin detaylı bilgi için bkz. Altuğ, s. 71-80; Yılmaz, 1977, s. 382; Unat, İlhan. “Davacının Yabancı Niteliğine Dayanan Adli Teminatın Uygulama Alanı”, *Ankara Üniversitesi Siyaset Bilimleri Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 3-4, 1973, s. 1-19.

<sup>17</sup> RGT. 20. 05. 1982, S. 17701.

<sup>18</sup> İlgili hüküm uyarınca “*Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzelkişiler, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadırlar. Mahkeme, dava veya takibin niteliğine ve duruma göre davacıyı, davaya katılanı veya takip isteğinde bulunanı karşılıklılık esasına göre teminat göstermekten muaf tutabilir*”.

<sup>19</sup> MÖHUK m. 48’de “dava açan” ibaresini, çekişmesiz yargı işlerini kapsayacak şekilde düşünmek gerektiği yönünde bkz. Çelikel/Erdem, s. 671, dn. 144. Konunun tartışmalı olduğu yönünde bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 552, dn. 246.

<sup>20</sup> Doktrinde Doğan’a göre, icra takibi sırasında teminat alınmasında ilamlı takip ve ilamsız takip diye ayırım yapılmalı ve ilamlı takip yapıldığı zaman teminat talebinde bulunulmamalı. Zira ilamlı takip sırasında takip yapanın elinde bir mahkeme ilamı vardır ve takip yapan kimsenin haksız çıkması olası değildir. Dolayısıyla kendisine karşı takip yapılanın uğrayacağı zarar veya ziyanın da takip yapan tarafından karşılanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Fakat 5718 sayılı MÖHUK’ta bu husus nazara alınmamıştır. Dolayısıyla ilamlı ya da ilamsız takip talebinde bulunanların teminat yatırması gerekmektedir. Bkz. Doğan, 2019, s. 100. Aksi yönde görüş için bkz. Çelikel/Erdem, s. 671, dn. 145. Çelikel ve Erdem’e göre, HMK m. 85/1-ç hükmü uyarınca ilamlı icra takibinde bulunan yabancılardan teminat alınmayacaktır.

Yabancı kavramı Türk hukukunda muhtelif kanunlarda vatandaşlık unsuru nazara alınarak tanımlanmaktadır<sup>21</sup>. Gerçek kişiler açısından yabancılık 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda (TVK)<sup>22</sup> “*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi*” (m. 3/1-d) olarak ifade edilmiştir. Yine aynı şekilde 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda (YUKK)<sup>23</sup> madde 3/1-ü’de yabancının tanımı bu şekilde yapılmıştır<sup>24</sup>. Tüzel kişiler açısından yabancılık ise MÖHUK m. 9/4’e göre statülerinde yer alan idare merkezine göre tespit edilir<sup>25</sup>. Statüsünde gözüken idare merkezi yabancı bir ülkede olan tüzel kişiler yabancı olarak kabul edilecek ve teminat yatırma yükümlülüğü doğacaktır<sup>26</sup>.

Kanunda her ne kadar gerçek ve tüzel kişilerden bahsedilmiş olsa da tüzel kişiliğe sahip olmayan fakat tabii olduğu hukuka göre dava ve taraf ehliyeti bulunan kişi ve mal topluluklarının da teminat yatırma yükümlülüğü olmalıdır<sup>27</sup>. Zira 48. madde ile getirilen teminat hükmünün amacı, yabancılık sıfatına istinaden teminat yatırma yükümlülüğü getirmektir. Bu bağlamda Kanunun amacına uygun olarak yabancılık sıfatı taşıyan fakat tüzel kişi olarak addedilemeyen kişi veya mal topluluklarının da teminat yatırması gerekmektedir<sup>28</sup>.

Davalı tarafın yabancı olması veya Türk vatandaşı olması halleri, davacının teminat yatırma yükümlülüğüne etki etmez<sup>29</sup>. 48. maddeye göre yatırılması gereken teminat için aranan yabancılık davacı tarafın (müdahale talebinde bulunanın yahut icra takibi yapanın) yabancılığıdır. Davacı tarafın yabancılık unsuru dava sırasında ortadan kalkar ise, teminat yatırma yükümlülüğü de ortadan kalkacaktır<sup>30</sup>. Teminat yatırdıktan sonra teminat yatırmayı gerektirecek şartların ortadan kalkması halinde, örneğin; ilgilinin teminat yatırdıktan sonra Türk vatandaşlığını kazanmış olması halinde yatırılan teminat ilgiliye iade edilecektir (HMK m.89). Aynı şekilde dava devam ettiği sırada teminat yatırılmasını gerektirecek bir durumun ortaya çıkması halinde, örneğin; Türk vatandaşının mutad meskeninin değişmesi ya da Türk vatandaşının Türk vatandaşlığını kaybedip yabancı statüsüne girmesi gibi durumlarda, mahkeme veya icra

<sup>21</sup> Doğan, Vahit. *Türk Yabancılar Hukuku*, Savaş Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2020, s. 5 (2020); Çiçekli, Bülent. *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2016, s. 24.

<sup>22</sup> RGT. 12.06.2009, S. 27256.

<sup>23</sup> RGT. 11. 04. 2013, S. 28615.

<sup>24</sup> Yabancı kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Asar, Aydoğan. *Yabancılar Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, 2020, s. 19-20; Doğan, 2020, s. 5-7; Ekşi, Nuray. *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, Beta Yayınevi, 5. Baskı, İstanbul, 2018, s. 19-20 (2018); Çelikel, Aysel/ Öztekin Gelgel, Günseli. *Yabancılar Hukuku*, Beta Yayınevi, 24. Baskı, İstanbul, 2018, s. 17-18.

<sup>25</sup> Tüzel kişiler açısından, vatandaşlık değil tabiiyet kavramı kullanılır. Tüzel kişilerin tabiiyeti hakkında detaylı bilgi için bkz. Güngör, s. 239-241; Nomer, *Vatandaşlık*, s. 45-47; Doğan, 2018, s. 229-241; Aybay, Rona. *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2004, s. 363-376.

<sup>26</sup> Özkan/Tütüncübaşı, s. 113; Doğan, 2019, s. 95-96; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 553.

<sup>27</sup> Nomer, Ergin. *Milletlerarası Usul Hukuku*, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2018, s. 144 (Usul); Doğan, 2019, s. 96. Örneğin Suudi Arabistan Hukukuna göre ortaklık müessesesinin tüzel kişiliği bulunmamakla birlikte davalarda taraf ve dava ehliyeti bulunmaktadır. Dolayısıyla bu topluluklar idare merkezi hukukuna göre dava ve taraf ehliyetine sahip olduğu için Türkiye’de dava açtıklarında yahut icra takibi yaptıklarında teminat yatırmak zorundadırlar. Bkz. Şanlı/Esen/ Ataman Figanmeşe, s. 553-554.

<sup>28</sup> Nomer, *Usul*, s. 144; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 554.

<sup>29</sup> Özkan/Tütüncübaşı, s. 113; Doğan, 2019, s. 96; Çelikel/Erdem, s. 672; Nomer, *Usul*, s. 144.

<sup>30</sup> Aynı yönde bkz. Doğan, 2019, s. 94; Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yayınevi, 22. Baskı, İstanbul, 2017, s. 498 (2017).



müdürlüğü tarafından teminat talep edilecektir. Çifte Vatandaş olanlardan eğer bu vatandaşlıklardan biri Türk vatandaşlığı ise teminat alınmaz. Zira bu kimseler Türk vatandaşı statüsündedir (MÖHUK m.4/b).

TVK m. 28'e göre, doğumla Türk Vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılan, "mavi kart"<sup>31</sup> sahibi olan yabancıların, teminat yatırma yükümlülüğü olup olmadığı meselesi tartışmalıdır. Madde 28 lafzından hareketle bu kimselerin teminat yatırmaması gerektiğini savunan yazarlar olmakla birlikte<sup>32</sup>, aksi yönde görüş belirten yazarlar da bulunmaktadır<sup>33</sup>. Madde 28 kapsamında mavi kart sahibi olan yabancıların teminat yatırmaktan muaf olduğunu savunan yazarlar, bu yabancıların mutad meskenlerinin yurt dışında olması halinde, tıpkı Türk vatandaşları gibi teminat yatırma yükümlülüğün doğacağını savunmaktadır<sup>34</sup>. Kanaatimizce MÖHUK m. 48'de yer alan yabancılık teminatının, mavi kart sahibi olan yabancılar açısından da uygulanması gerekmektedir. Her ne kadar mavi kart sahibi kişilerin açtığı davalarda Yargıtay, uygulanacak hukuk bağlamında TVK m. 28'e dayanarak yabancılık unsuru görmese de<sup>35</sup>, bu kimseler çıkma izni alıp Türk vatandaşlığından ayrılan yabancı statüsünde kimselerdir. Mavi kartlıların teminat yatırmaktan MÖHUK m. 48 kapsamında muaf olduğunu savunan yazarlar, HMK m. 84/1-a'ya göre "eğer" bu kimselerin mutad meskenleri Türkiye'de değilse, teminat yatırmaları gerektiğini savunmaktadır. Ancak HMK m. 84/1-a'da açıkça mutad meskeni yurt dışında olan Türk Vatandaşlarının teminat yatırma yükümlülüğü düzenlenmektedir. Kaldı ki TVK m. 28/1'de "... bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler" şeklinde ifade edilerek Mavi kartlıların "haklar" bakımından Türk Vatandaşı gibi muamele göreceği belirtilmiştir. HMK m. 84/1-a'da mutad meskeni yurt dışında olan Türk vatandaşlarına getirilen teminat yatırma zorunluluğu, bir hak

<sup>31</sup> TVK madde 28 kapsamında Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altoyları, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. İlgili maddede yer alan istisnalar şunlardır: "seçme ve seçilme, muaf araç veya ev eşyası ithal etme hakları ile askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü yoktur. Bu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabidirler. Bu madde kapsamında bulunan kişiler, bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tabi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunamazlar. Ancak kamu kurum ve kuruluşlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak çalıştırılabilirler". Mavi kart sahibi yabancılar hakkında detaylı bilgi için bkz. Can, Hacı/Tuna, Ekin. *Mavi Kartlı Yabancılar*, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2018, s. 33-70; Nomer, *Vatandaşlık*, s. 127-133; Güngör, s. 179-184; Aybay, s. 206-212; Turhan, Turgut. "Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (TVK m. 29 üzerine bir inceleme)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 46, S. 1-2, s. 41-65; Aygül, Musa. "Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybeden Kişilerin Kamu Görevine Girme Yasağı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 1, 2010, s. 38-40; Cin, Mustafa. "Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Türkiye'de Çalışma Hakkı", *MHB (24)*, 2004, s. 337-345.

<sup>32</sup> Acun Mekengeç, s. 23; Şanlı/Esen/ Ataman Figanmeşe, s. 552,553, dn. 247; Doğan, 2019, s. 94; Tütüncübaşı, s. 214 vd.

<sup>33</sup> Çelikel/Erdem, s. 672, 673.

<sup>34</sup> Acun Mekengeç, s. 23,24; Şanlı/ Esen / Ataman Figanmeşe, s. 553, dn. 247; Can/Tuna, 2018, s. 111-113; Doğan, 2019, s. 94,95; Özkan/Tütüncübaşı, s. 122.

<sup>35</sup> Örneğin Yargıtay bir kararında "...doğumla Türk vatandaşı olduğuna göre...Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanacağı ve boşanma davasında "yabancı" statüsünde olmayacakları açıktır. Bu durumda dava, yabancılık unsuru" taşımadığından, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkındaki Kanununun 14/1 maddesinin bu davaya tatbiki mümkün değildir. Bu nedenle uygulanacak yetkili hukukun araştırılması gerekli değildir. O halde, isin esasının Türk Hukukuna göre incelenmesi gerekirken, bu yön gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır" şeklinde hüküm kurmuştur, bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2015/13927, K. 2016/5499, T. 21.03.2016 (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

olmayıp yükümlülüktür. Teminat kurumunun amacı, davacının (ya da takip talebinde bulunanın) haksız çıkması halinde karşı tarafın uğrayacağı zarar ve ziyanı ve yargılama giderlerini temin edebilmektir. Sonuç olarak teminat kurumunun amacına uygun olarak, yabancı statüsünde bulunan bu kişiler açısından yabancılık teminatının uygulanmasını yukarıda izah ettiğimiz gerekçelerle savunuyoruz. Tabii ki mavi kartlı yabancıların vatandaşı olduğu ülke ile Türkiye arasında teminat yatırma yükümlülüğüne ilişkin karşılıklılık şartının sağlanmasına ilişkin istisnalar saklıdır.

### B. Yabancılık Teminatını İhtar ve Teminat Yatırmamanın Sonuçları

Hâkim (icra takibi yapılması halinde icra müdürlüğü) yargılama masraflarını ve karşı tarafın zarar ve ziyasını karşılamaya yetecek teminatı re'sen belirler ve ilgiliye kesin bir süre verir. Teminatın miktarını belirleme konusunda hâkime takdir hakkı tanınmıştır<sup>36</sup>. Hâkim (veya icra müdürü) davacının veya müdahale talebinde bulunanın yahut takip yapanın yargıya erişimine engel olacak fahiş miktarda<sup>37</sup> teminata hükmetmemelidir. Aksi halde AİHS m. 6'ya göre adil yargılanma hakkının ihlali söz konusu olabilecektir<sup>38</sup>.

Teminatın miktarını hâkim veya icra müdürü olayın özelliklerine göre re'sen belirleyeceklerdir<sup>39</sup> (HMK m. 87). İlgiliye yapılan ihtarda teminatın miktarı ve ne şekilde yatırması gerektiği ile eğer yatırmaması halinde ne gibi yaptırımları olacağı kapsamlı şekilde bildirilir. Verilen kesin süre içerisinde teminatın yatırılmaması halinde dava usulden reddedilir (HMK m.88/I) veya müdahale talebinde bulunan kişi bu talebinden vazgeçmiş sayılır (HMK m.88/II) yahut açılan icra takibine devam edilmez<sup>40</sup>. HMK m. 114/1-ğ'ye göre teminat dava şartı olarak düzenlenmiştir. Hem HMK m. 84'te yer alan teminat yatırma şartı hem MÖHUK m. 48'de yer alan yabancılık teminatı dava şartıdır. Dolayısıyla hâkim tarafından davanın her aşamasında nazara alınabilecektir<sup>41</sup>. Belirlenen kesin sürede teminatın yatırılmaması halinde dava, dava şartı yokluğundan usulden reddedilecektir (HMK m. 115/2)<sup>42</sup>.

### C. Yabancılık Teminatının Ortadan Kalkması/Karşılıklılık

Mahkeme ancak karşılıklılık şartının sağlanması ile davacıyı veya müdahale talebinde bulunanı veya takip yapanı teminat yatırmaktan muaf tutar. MÖHUK m. 48/2'ye göre "*Mahkeme*<sup>43</sup>, *dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yapanı karşılıklılık esasına göre*

<sup>36</sup> Doğan, 2019, s. 97; Şanlı/Esen/ Ataman Fıganmeşe, s. 556; Özkan/Tütüncübaşı, s. 116.

<sup>37</sup> Yargıtay'a konu olan bir kararda yabancı uyruklu alacaklının, toplam alacak bedelinin %15'i oranında teminat yatırması istenmiştir. Alacaklı bu miktarı fahiş bularak itiraz etmiştir. Bkz. 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2016/8916 Karar No: 2017/551 Karar Tarihi: 17.01.2017 (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>38</sup> Doğan, 2019, s. 97; Çelikel/Erdem, s. 674. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Çalışkan, Zeynep. *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat*, Vedat Kitapçılık, 1. Baskı, 2013, s. 101 vd.

<sup>39</sup> Şanlı/ Esen/ Ataman Fıganmeşe, s. 555; Çelikel/ Erdem, 674; Doğan, 2019, s. 97.

<sup>40</sup> Nomer, 2017, s. 499; Özkan/Tütüncübaşı, s. 115.

<sup>41</sup> Nomer, 2017, s. 500; Doğan, 2019, s. 96; Çelikel/Erdem, s. 675.

<sup>42</sup> Çelikel/Erdem, s. 675-676; Şanlı/Esen/ Ataman Fıganmeşe, s. 556. Verilen kesin sürede davacı taraf teminatı yatırmamasına rağmen yargılamaya devam edilmiş, bu husus bozmayı gerektirmiştir; bkz. Yargıtay, 12. Hukuk Dairesi, Esas No: 2009/26499, Karar No: 2009/23957, Karar Tarihi: 07.12.2009 (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>43</sup> Belirtmek gerekir ki MÖHUK m. 48/2'de geçen mahkeme ifadesinden icra dairelerini de anlamak gerekecektir. Zira m. 48/1'de "...dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan..." şeklinde düzenlenmek suretiyle yabancılar tarafından icra dairelerinde, icra takibine girilmesi halinde de teminat yükümlülüğü doğacaktır. Meğerki yabancıların tabiiyetinde olduğu devlet ile Türkiye arasında karşılıklılık şartı sağlanmış olsun. Yargıtay'da kararında "*5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 48. maddesine göre; Türk mahkemesinde*

*teminattan muaf tutar*”. Karşılıklılık, ikili anlaşmalar<sup>44</sup> ile çok taraflı anlaşmalar ile yahut kanuni veya fiili şekilde sağlanabilir<sup>45</sup>. Hâkimin karşılıklılık şartının sağlanıp sağlanmadığını re’sen araştırması gerekir<sup>46</sup>. Eğer karşılıklılık şartı sağlanmış ise ilgilinin teminat yatırma zorunluluğu ortadan kalkacaktır<sup>47</sup>. Hâkime bu konuda takdir yetkisi verilmemiştir<sup>48</sup>. Teminat şartının sağlanmadığı davalarda Yargıtay, işin esasına girip temyiz sebebini incelemeksizin, teminat şartı yokluğundan kararı bozmaktadır<sup>49</sup>.

*dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır. Mahkeme, dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yapanı karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutar. Yasada öngörülen (mahkeme) teriminin icra takipleri için (icra dairesi olarak) anlaşılması gereklidir*” şeklinde belirtmiştir; 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2010/2549 Karar No: 2010/14121 Karar Tarihi: 07.06.2010 (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>44</sup> Türkiye farklı pek çok ülke ile teminattan muafiyete ilişkin ikili anlaşma akdetmiştir. Bkz. Çelikel, Aysel / Şanlı, Cemal / Esen, Emre. *Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı*, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 19 vd.; Özkan/Tütüncübaşı, s. 118 dn. 73. “Türkiye ile Almanya arasında teminattan muafiyete ilişkin hükümler içeren ve Türkiye tarafından 15.05.1930 gün ve 1622 sayılı Kanunla onanan "Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Devleti Arasında Hukuki ve Ticari Mevaddı Adliyyeye Müteallik Münasebatı Mütakabileye Dair Mukavelename"nin 2. maddesi uyarınca, Alman vatandaşı olan davacılar dava açarken teminat göstermekten muafırlar. Bu durumda mahkemece işin esasına girilerek tarafların delilleri toplandıktan sonra oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle teminat gösterme yükümlülüğü bulunmayan davacıların teminat göstermediklerinden bahisle dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir” bkz. 17. Hukuk Dairesi Esas No: 2013/21469 Karar No: 2015/10644 Karar Tarihi: 15.10.2015; Aynı Yönde 8. Hukuk Dairesi Esas No: 2013/6173 Karar No: 2013/6983 Karar Tarihi: 13.05.2013 (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>45</sup> Çelikel/Erdem, 676-677; Özkan/Tütüncübaşı, s. 119; Doğan, 2019, s. 98.

<sup>46</sup> Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2014/12188 Karar No: 2014/15555 Karar Tarihi: 29.05.2014; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Esas No: 2016/35359 Karar No: 2016/19595 Karar Tarihi: 10.11.2016 (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>47</sup> Teminatın farklı ülkelerde farklı nitelikte düzenlemeleri bulunmaktadır. Mesele Rusya gibi bazı ülkeler teminat şartını aramamaktadır. Bu tarz durumlarda da karşılıklılık şartının gerçekleştiğini kabul etmek gerekecektir, bkz. Nomer, *Usul*, s. 148, dn. 218. Örneğin ABD ve Türkiye arasında çok taraflı veya ikili bir anlaşma olmamakla birlikte her iki ülke arasında fiili karşılığın sağlandığı kabul edilmektedir. Bkz. Şanlı/Esen/ Ataman Figanmeşe, s. 564, dn. 270.

<sup>48</sup> Doğan, 2019, s. 100. Fakat 2675 sayılı MÖHUK yürürlükte olduğu dönemde davanın niteliğine göre hâkime davacı taraf yabancı olmasına rağmen teminat yatırma muafiyeti sağlayabilecekti. 5718 sayılı Kanun ile hâkime bu takdir yetkisi tanınmamaktadır. Ancak 5718 sayılı MÖHUK m. 48/2'nin gerekçesinde yer alan “...Karşılıklılık esasını gözetmek suretiyle karşılıklılık bulunması halinde, dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yapanı, teminattan muaf tutacaktır. Ancak mahkeme, karşılıklılık bulunmasa dahi dava ve takibin niteliğine ve duruma göre davacıyı, davaya katılanı veya takip talebinde bulunanı, teminattan muaf tutabilecektir. Hâkim bu konuda takdir hakkına sahiptir” ifadesi Kanun metninde yer almamaktadır. Fakat doktrinde bazı yazarlar bu ifadeden yola çıkarak hâkimin takdir hakkının bulunduğunu savunmaktadır, Bkz. Özkan/Tütüncübaşı, s. 120. 5718 sayılı Kanun’un gerekçesi için, Bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> (10.04.2021).

<sup>49</sup> “*İcra takibini yapan alacaklı İrlanda merkezlidir. Bu nedenle, mahkemece, alacaklının tabiiyetinde bulunduğu İrlanda ile Türkiye arasında karşılıklılık esasına göre çok taraflı veya ikili anlaşmalarla yahut fiili müteakabiliyet esasına göre bir muafiyet olup olmadığı araştırıldıktan sonra, yok ise alacaklının teminat yatırması gerektiğine karar verilmesi gerekirken, anılan hususun göz ardı edilerek eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olduğu gibi, teminat yatırması gerektiği sonucuna varılması halinde de karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılayacak yeterli miktarda teminat takdir edilip alacaklı vekiline bu miktarı bloke etmesi için uygun bir süre verilerek takipteki teminat yükümlülüğünün yerine getirilmesine karar verilmesi gerekirken bu prosedüre uyulmadan isin esasının incelenmesi isabetsizdir*”, 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2014/28848 Karar No: 2015/4079 Karar Tarihi: 26.02.2015; Aynı yönde; 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2012/5094 Karar No: 2012/22039 Karar Tarihi: 22.06.2012; 8. Hukuk Dairesi Esas No: 2016/18153 Karar No: 2017/2545 Karar Tarihi: 27.02.2017. Özellikle icra takibi yapılan durumlarda icra dairesince teminata, dolayısıyla teminattan muafiyete ilişkin şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik araştırma yapılmadığı görülmektedir. Hatta borçlunun bu konuda yaptığı itirazlar da gerekçe gösterilmeksizin reddedilmektedir. Bkz. 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2015/13479 Karar No: 2015/24429 Karar Tarihi: 14.10.2015 (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

Türkiye'nin taraf olduğu 01.03.1954 tarihli "Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi"<sup>50</sup> ile akit devletlerin vatandaşlarının birbirlerinin ülkesinde açacağı davalarda (müdahale talebinde veya takip taleplerinde) teminat yatırma şartının ortadan kalktığı kabul edilmiştir. Bu Sözleşmenin 17. maddesine göre "Akit bir devlet ülkesinde ikamet eden ve diğer devlet mahkemeleri huzurunda davacı veya müdahil olarak bulunan Akit bir devletin vatandaşı yabancı olmaları veya o memlekette ikametgâh veya meskenleri bulunmaması sebebiyle, ne isim altında olursa olsun herhangi bir sebeple teminat veya depozito istenemez"<sup>51</sup>.

Yine Türkiye'nin taraf olduğu 13.12.1955 "Avrupa İkamet Sözleşmesinin"<sup>52</sup> 9. maddesi ile Akit devlet ülkesinde ikamet eden Akit devlet vatandaşlarının teminattan muaf olacağı düzenlenmiştir. 1951 Tarihli "Mültecilerin hukuki Statüsüne Dair Cenevre Anlaşması"<sup>53</sup> 16. Maddesine göre mültecilerin mutad ikametlerinin bulunduğu Akit devlette teminat yatırmaktan muaf tutulması ve diğer akit devletlerde ise mutad ikametgahlarının bulunduğu akit devlet vatandaşı muamelesi görmesi öngörülmüştür.

Adli yardımdan faydalanan yabancıların teminat yatırma yükümlülüğü bulunmamaktadır (HMK m. 85). Ayrıca Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa göre uluslararası koruma statüsüne sahip olan yabancılar karşılıklılık şartından muaftır. Dolayısıyla bu kimselerin teminat yatırmaktan muaf olmaları gerekmektedir<sup>54</sup>.

## II. TEMİNATA İLİŞKİN BELLİ BAŞLI PROBLEMLER

### A. Kesin Sürenin Kapsamlı İhtar Edilmemesi

Milletlerarası usul hukukunda kural olarak *lex fori* prensibi geçerlidir. Dolayısıyla hâkimin hukukunun medeni usul hukuku kuralları nazara alınacaktır. Türk medeni usul hukuku sisteminde süreler ya kanunla belirlenir veya hâkim tarafından tespit edilir (HMK m. 90/1). Teminat yatırılmasına ilişkin ilgiliye verilen süre, hâkim tarafından verilen kesin süredir (HMK m. 88)<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> RGT. 23.05.1972, S. 14194. Anlaşmaya taraf olan devletler şu şekildedir: Almanya, Arjantin, Arnavutluk, Avusturya, Belarus, Belçika, Bosna Hersek, Çekya, Çin, Moğolistan, Danimarka, Ermenistan, Fas, Fransa, Finlandiya, Hırvatistan, Hollanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Japonya, Karadağ, Kazakistan, Kıbrıs, Letonya, Lüksemburg, Litvanya, Macaristan, Kuzey Makedonya, Mısır, Moldova, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Surinam, Türkiye, Ukrayna, Vatikan.

<sup>51</sup> 1954 Tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi'nin Resmi çevirisi için bkz. [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc055/kanuntbmmc055/kanuntbmmc05501574.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc055/kanuntbmmc055/kanuntbmmc05501574.pdf) (E.T, 11.04.2021).

<sup>52</sup> RGT. 17. 09. 1989, S. 20285.

<sup>53</sup> RGT. 09.01.1961, S. 10898.

<sup>54</sup> Şanlı/Esen/ Ataman Figanmeşe, s. 565. Şartlı mülteciler, ikincil koruma statüsü sahipleri, geçici koruma statüsü sahipleri ile uluslararası koruma başvuru sahiplerinin teminat yatırma yükümlülükleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Aygül, Musa/Altınbaş, Elif Hande. "Sığınmacıların Teminat Yatırma Yükümlülüğü", *Public and Private International Law Bulletin*, 40(2), 2020 Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, s. 718-724.

<sup>55</sup> Hâkim tarafından verilen kesin süre usul hukukunda ara karar niteliğindedir. Hâkim kesin süreye ilişkin verdiği ara kararında; sürenin kesin olduğunu açıkça belirtmelidir. Aksi halde kesin süreye ilişkin hüküm ve sonuçlar doğmayacaktır. Hâkim verilen kesin süre içerisinde ilgiliden yapmasını istediği şeyleri ayrıntılı şekilde açıklamalıdır. Son olarak da kesin süre içerisinde yapılması gerekenlerin yapılmamasının doğuracağı sonuçlar net şekilde izah edilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 125; Yılmaz, Ejder. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Süreler", *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, Özel Sayı (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan), İzmir 2013, s. 3172 vd. (2013); Özçelik, Volkan. "Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Verdiği Kesin Süre", *TBB Dergisi*, 2017 (129), s. 136-140.



Hâkim tarafından öngörülen kesin süre taraflara tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır (HMK m. 91/1). Henüz ön inceleme aşamasında hâkim -ya da icra takiplerinde takip talebini alan icra müdürü- dosya kapsamında yapacağı incelemede dava açanın, müdahale talebinde bulunanın yahut takip talebinde bulunanın yabancı bir ülke vatandaşı ya da yabancı bir ülkenin tabiiyetinde olan bir tüzel kişi (ya da kişi veya mal topluluğu) olduğunu tespit edecektir. Bu aşamada hâkimin -ya da icra müdürünün- yapacağı araştırma neticesinde eğer dava açanın -ya da müdahale veya icra takibi talebinde bulunanın- tabiiyetinde olduğu ülke ile Türkiye arasında akdi, kanuni veya fiili karşılıklılık yoksa hâkim -ya da icra müdürü- bu aşamada ilgiliye kendi takdir edeceği kesin bir süre verir<sup>56</sup>.

İhtarın, teminatın yatırılmamasının hüküm ve sonuçlarını kapsayıcı şekilde ilgili mahkeme veya icra dairesi tarafından yapılması gerekir. Yapılan kapsamlı ihtarda teminat yükümlüsü tarafa kesin olmak üzere bir süre verilir ve bu süre zarfında belirtilen teminatı, belirtilen şekilde tevdi etmesi istenir. Kesin süreye ilişkin HMK m. 94/3'te yer alan hükme göre; kesin süre içinde yapılması gereken işlemi, süresinde yapmayan tarafın, o işlemi yapma hakkının ortadan kalkacağı hususu düzenlenmiş olup, kesin süreye uyulmamasının yaratacağı sonuçların hatırlatılarak ilgisinin uyarılması gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay'a konu olan bazı kararlarda ilk derece mahkemelerinin -ya da icra dairelerinin- teminata ilişkin dava şartını ya hiç nazara almadıkları<sup>57</sup> ya da verilen ihtarda teminat yatırmamanın hüküm ve sonuçlarına değinmedikleri görülmektedir. Her iki durumda da Yargıtay, temyize konu yapılan esasa ilişkin meseleyi incelemeksizin temyiz talebini haklı olarak usulden reddetmektedir. Herhangi bir uyuşmazlığın Türk yargı sisteminde, Yargıtay'ın önüne gelip incelenene kadar geçtiği süreç göz önüne alınacak olursa, henüz ilk aşamada çözümlenmesi gereken teminata ilişkin meseleden dolayı, uyuşmazlıkların çözümlenmesi dolayısıyla adaletin sağlanması gecikmektedir. Ayrıca bu durum medeni yargılama hukuku sistemimize hâkim olan usul ekonomisi ilkesine de (HMK m. 30/1) aykırılık oluşturmaktadır. Tüm bu sorunların önüne geçilmesi ve adil bir yargılama sürecinin sağlanması için öncelikle yabancılık teminatının daha ilk safhada gözetilmesi ve yapılan ihtarın da kapsamlı ihtar olması gerekmektedir.

<sup>56</sup> "...şikâyetçinin teminattan muaf olup olmadığı hususunun ... Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'nden sorularak alınacak yazı cevabına göre, şikâyetçinin teminat göstermesi gerektiği sonucuna varılırsa, teminatın yatırılması için şikâyetçiye kesin süre verilmesi, anılan sürede belirtilen teminatın yatırılmaması halinde istemin usulden reddine, yatırılması halinde ise, dava şartı eksikliği süresinde giderilmiş olacağından isin esasına girilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir". Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, Esas No: 2020/1432, Karar No: 2020/9126, Karar Tarihi: 02.11.2020. Aynı yönde; 12. Hukuk Dairesi, Esas No: 2017/7756, Karar No: 2018/8347, Karar Tarihi: 19.09.2018 (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>57</sup> Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, Esas No: 2016/18153, Karar No: 2017/2545, Karar Tarihi: 27.02.2017; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2015/17953 Karar No: 2015/29144, Karar Tarihi: 24.11.2015; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2015/13479, Karar No: 2015/24429, Karar Tarihi: 14.10.2015; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, Esas No: 2014/28848, Karar No: 2015/4079, Karar Tarihi: 26.02.2015; Yargıtay, 12. Hukuk Dairesi, Esas No: 2012/16820, Karar No: 2012/23886, Karar Tarihi: 09.07.2012; Yargıtay, 12. Hukuk Dairesi, Esas No: 2012/5094, Karar No: 2012/22039, Karar Tarihi: 22.06.2012; Yargıtay, 12. Hukuk Dairesi, Esas No: 2012/1510, Karar No: 2012/19223, Karar Tarihi: 05.06.2012; Yargıtay, 23. Hukuk Dairesi, Esas No: 2011/564, Karar No: 2011/920, Karar Tarihi: 10.10.2011; Yargıtay, 19. Hukuk Dairesi, Esas No: 2010/8123, Karar No: 2011/3601, Karar Tarihi: 01.03.2011; Yargıtay, 2. Hukuk Dairesi, Esas No: 2009/10521, Karar No: 2010/728, Karar Tarihi: 18.01.2010; Yargıtay, 19. Hukuk Dairesi, Esas No: 2009/6088, Karar No: 2010/3767, Karar Tarihi: 01.04.2010; Yargıtay, 2. Hukuk Dairesi, Esas No: 2009/2972, Karar No: 2009/13376, Karar Tarihi: 06.07.2009 (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

Yukarıda bahsedilen hususlar ile ilgili Yargıtay'ın benzer yönde pek çok kararı bulunmaktadır. Örneğin bir kararında: *"Somut olayda; mahkemece 26.05.2009 tarihli ara karar ile "davacı vekiline 1086 sayılı HUMK'nın 97. maddesi uyarınca dava değerinin % 15'i oranında teminat yatırması hususunda tebliğ tarihinden itibaren 20 günlük kesin süre verilmesine, bu süre içerisinde ara karar gereğini yerine getirmediği takdirde talebinden vazgeçmiş sayılacağı hususunun davetiye ile ihtarına" karar verilmiş olup, davacı tarafından yapılması istenen yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde sonuçlarının ne olduğu hususundaki ihtarın, dosya muhteviyatına göre usulüne uygun olmadığı görülmektedir. O halde mahkemece; davacı tarafa, usulüne uygun ihtar yapılarak kanun hükmüne göre işlem yapıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir"*<sup>58</sup> şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

Yine başka bir kararında; *"...icra müdürlüğünce alacaklıya ilk olarak 17.9.2013 tarihli, MÖHUK'un 48. Maddesi gereğince yabancılık unsuru sebebiyle alacaklının teminat yatırması gerektiği belirtilerek takip miktarının % 20'si olan 368.000,00 TL'nin icra müdürlüğü dosyasına yatırılmasına ilişkin muhtıra tebliğ edildiği, bu muhtıraya alacaklıca verilen cevabi yazı ile, belirtilen teminatın ... 44. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2013/103 Esas sayılı dosyasında yatırıldığından bahisle itiraz edildiği, ancak icra müdürlüğünce alacaklıya bu kez 07.11.2013 tarihli muhtıra gönderilerek, alacaklının itirazında bildirilen mahkeme dosyasının taraflarının takip dosyasının tarafları ile ilgisi bulunmadığından mahkeme dosyasında yatırılan teminatın takip dosyasına teminat oluşturmayacağı gerekçesiyle 368.000,00 TL teminatın bir hafta içerisinde icra dosyasına yatırılmasının istendiği, ancak söz konusu muhtırada, teminatın verilen sürede yatırılmamasının sonuçlarının ihtar edilmediği anlaşılmaktadır"*<sup>59</sup> şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Söz konusu Yargıtay kararında icra mahkemesi tarafından teminatın yatırılmasından bahisle haczi kaldırma talebi reddedilmiştir. Yargıtay, icra müdürlüğü tarafından verilen kesin süreyi içeren ihtarın usulen doğru bir ihtar olmadığını belirtmiştir.

Her iki kararda da teminata ilişkin esasen ihtar yapıp kesin süre verilmiş fakat bu sürede teminatı yatırmamanın hüküm ve sonuçları gerektiği gibi açıklanmamıştır. Sonuç olarak kapsamlı şekilde ihtar yapılmaması davanın usulen reddine sebebiyet vermiştir.

## **B. Bağımsız Devleti Geçmişte Himaye Eden Devlet ile Türkiye Arasında Yapılan Anlaşmaların, Bağımsız Devlet ile Türkiye Arasındaki Karşılıklı Şartını Sağlayıp Sağlamaması**

Karşılıklılığın tespiti himaye altındaki devletler ile probleme neden olmaktadır. Bu türden devletler ile kendilerini himaye eden devlet arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ve kapsamı tereddütlerin artmasına neden olmaktadır. Himaye altında bulunan devletler bakımından karşılıklılığın himaye eden devlet ile Türkiye arasında var olup olmadığının araştırılması gerektiği doktrinde savunulmaktadır<sup>60</sup>. Fakat Himaye altındaki Devletin bağımsızlığını kazanmasından

<sup>58</sup> Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Esas No: 2017/1181 Karar No: 2018/8823 Karar Tarihi: 20.09.2018 (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>59</sup> Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, Esas No: 2016/32912, Karar No: 2017/215, Karar Tarihi: 11.01.2017 (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>60</sup> Şanlı/Esen/ Ataman Fıganmeşe, s 55, dn. 255.

sonra aynı şeyi söylemek kanaatimizce zordur. Bu durumda bağımsızlığını kazanan Devlet ile eskiden himaye eden devlet arasındaki -varsa- bağımsızlık anlaşmasının araştırılması ve bu araştırmaya göre hüküm tesis edilmesi gerekmektedir.

Yargıtay bir kararında; “...1931 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile İngiltere Hükümeti arasında münakit Müzaheret Adliye Mukavelenamesinin<sup>61</sup> 12<sup>62</sup> ve 13.maddelerine<sup>63</sup> göre gerek gider ve gerekse harç tediyesi hakkında, taraf devletler vatandaşları (şirketleri) teminat göstermekten istisna edildikleri gibi, akit devlet tebaasına müsavi bir muameleden faydalanacakları kabul edilmiştir. Bu sözleşmenin eki bulunan imza protokolüne merbut liste gerek Türkiye gerekse Saint Kitts-Nevis tarafından imzalanmıştır. Bu durumda açıklanan anlaşma uyarınca alacaklının mensubu olduğu ülke ile Türkiye arasında teminat gösterme yükümlülüğünden muafiyet bulunduğunun kabulü gerekir”<sup>64</sup> şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Kanaatimizce söz konusu kararda Yargıtay’ın, S. Kitts ve Nevis<sup>65</sup> Devleti ile “geçmişte” himaye eden devlet olan İngiltere Devleti arasında, 1983 yılında S. Kitts ve Nevis’in bağımsızlığını kazanmasından sonra yapılan bir halefiyet anlaşmasının var olup olmadığını araştırması gerekirdi. Aralarındaki ilişkinin araştırılmaksızın, bağımsızlığını kazanmış olan bir devletin (St. Kitts ve Nevis), daha önce himaye eden devlet (İngiltere) ile Türkiye arasında akdedilmiş bir anlaşmaya taraf olarak kabul edilmesi hukuki dayanaktan yoksundur. Yargıtay’ın bu yönde hüküm kurmasının gerekçesi ise; “Bu sözleşmenin eki bulunan imza protokolüne merbut liste gerek Türkiye gerekse Saint Kitts-Nevis tarafından imzalanmıştır” şeklinde ifade edilmiştir. Yargıtay’ın burada bahsettiği liste, o dönem zarfında İngiltere’ye bağlı olan yahut İngiltere sömürgesi olan Devletlere ait listedir. Bu Sözleşme, bahsi geçen Devletler tarafından imzalanmamış, bu sözleşmenin tatbikinin İngiltere Krallığına bağlı olan o topraklarda

<sup>61</sup> Bkz. “Türkiye Cumhuriyeti ile İngiltere Hükümeti arasında münakit müzaheret adliye mukavelenamesinin tasdiki hakkında kanun”, RGT. 05.07.1932, S. 2142.

<sup>62</sup> İlgili hükme göre “Masarî için teminat, masarîfin ve harçların tediyesi hakkındaki kararlar, meccanen müzaheret adliye ve deyin için hapis hususlarında Yüksek Âkit taraflardan her birinin tebaası diğer Yüksek Âkit taraf arazisinde işbu Yüksek Âkit taraf tebaasına tamamen müsavi bir muameleden müstefit olacaklardır”. Bu hüküm ile iki hükümet ve hükümet toprakları üzerinde teminat muafiyeti tanındığı görülmektedir.

<sup>63</sup> İlgili hükme göre “Yüksek Âkit taraflardan birinin tebaası diğerinin arazisinde 12. maddeye tevfi kan masarî için teminat itasından istisna edildiği ahvalde böyle bir şahsı tediyeyi masarîfe mahkûm eden hükümler, birinci Yüksek Âkit taraf arazisindeki mehakim veya makamlar tarafından o memleketin kavanim mucibince ilâmatı ecnebiyenin tenfizi hususunda kabili tatbik en müstacel usul ile icra olunacaktır”.

<sup>64</sup> “Her ne kadar mahkemece Saint Kitts-Nevis’in bağımsızlığını ilan ettiği ve bu nedenle anlaşma kapsamında olmadığı kabul edilmiş ise de mahkemenin bu tespitinin hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece anılan sözleşmenin Adalet Bakanlığına gönderilerek, sözleşmedeki muafiyetin Saint Kitts-Nevis'in bağımsızlığını kazanmasıyla geçersiz hale gelip gelmediğinin sorularak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi yerine eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir”.12. Hukuk Dairesi Esas No: 2011/6632 Karar No: 2011/23123 Karar Tarihi: 21.11.2011.

<sup>65</sup> 1982'de Londra'da bir anayasa konferansı düzenlenmiş ve sonrasında Saint Kitts ve Nevis 19 Eylül 1983'te bağımsızlığını kazanmıştır. 1983'ten bu yana, Saint Kitts ve Nevis Federasyonu, devlet başkanı olarak İngiliz hükümdarı ile “Commonwealth”in bağımsız bir üyesidir. Atanmış bir genel vali kraliyeti temsil eder. Diğer bakanlarla birlikte kabine üyesi olan başbakan, hükümetin başıdır. Hükümdar ve Ulusal Meclis, bazı üyeleri atanmış parlamentoyu oluşturur. Nevis adası, federal yapı içinde belirli bir özerkliğe sahiptir. Günümüzde iki küçük adadan oluşan bu küçük ülkenin en önemli geliri, Turizm ve offshore finans ve hizmet şirketlerinin barındırılması olmuştur. Detaylı bilgi için bkz. <https://www.britannica.com/place/Saint-Kitts-and-Nevis> (06.05.2021); <https://freedomhouse.org/country/saint-kitts-and-nevis/freedom-world/2020> (06.05.2021); <https://globaledege.msu.edu/countries/saint-kitts-and-nevis> (06.05.2021).

uygulanacağı vurgulanmıştır. Zira Sözleşme'nin 17. maddesinde Sözleşme hükümlerinin İskoçya ve İrlanda'yı kapsamayacağı belirtilmekle bu husus açık bir şekilde anlaşılabilir. Yargıtay'ın bahse konu olan listede adı olduğu için Sözleşme'nin St. Kitts ve Nevis tarafından imzalandığını söylemesi kanaatimizde hukuken yerinde değildir.

Yine aynı yönde verilen bir kararında; “...Her ne kadar mahkemece Malezya'nın bağımsızlığını ilan ettiği ve bu nedenle anlaşma kapsamında olmadığı kabul edilmiş ise de mahkemenin bu tespitinin hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece anılan sözleşmenin<sup>66</sup> Adalet Bakanlığına gönderilerek, sözleşmedeki muafiyetin Malezya'nın bağımsızlığını kazanmasıyla geçersiz hale gelip gelmediğinin sorularak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi yerine eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir”<sup>67</sup>.

Yargıtay bu kararında ise ilk derece mahkemesinden, Malezya'nın bağımsızlığını kazanmasının daha önce himaye eden devlet ile Türkiye arasında akdedilen sözleşmeye taraf olup olmayacağını araştırmasını beklemektedir. Bir önceki kararda açıklanan gerekçeler ile Yargıtay'ın söz konusu kararının yerinde olduğu kanaatindeyiz.

### C. 1954 Lahey Sözleşmesinin Tüzel Kişileri Kapsayıp Kapsamaması

1954 tarihli Lahey Sözleşmesinin 17. maddesinde yer alan, teminat yatırma muafiyetine ilişkin hükmün tüzel kişileri kapsamadığı yönünde Yargıtay tarafından verilen kararlar bulunmaktadır. Aşağıda ele alınacak olan kararlara göre Yargıtay'ın bu konudaki temel gerekçesi, Sözleşme'nin Türkçe metninde yer alan “vatandaş” ibaresinin gerçek kişileri kapsadığı fakat tüzel kişileri kapsamadığı yönündedir. Diğer bir gerekçesi ise; 25.10.1980 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından 07.07.2004 tarihinde imzalanan, ancak henüz yasalaşmayan "Adalet Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşmenin" 14/1. maddesi<sup>68</sup> ile yapılan değişiklik ile tüzel kişilerin açıkça anılmasının 1954 tarihli Lahey Sözleşmesinin tüzel kişileri kapsamadığı şeklinde yorumlanmasıdır.

Yargıtay'ın ilgili kararlarında “vatandaş” olarak değerlendirilen tabir, 1954 tarihli Sözleşme'nin orijinal metninde “national” olarak yer almaktadır. Doktrinde savunulan bir görüşe göre; Yargıtay'ın 1954 Tarihli Sözleşme'nin tüzel kişileri kapsamadığı yönündeki kararları hatalıdır<sup>69</sup>. Zira İngilizce “national” ve “nationalty” ifadeleri Türkçeye, tebaa ve tabiiyet şeklinde

<sup>66</sup> Söz konusu Sözleşme yine “28.11.1931 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile İngiltere Hükümeti arasında münakit Müzaheret-i Adliye Mukavelenamesi” dir.

<sup>67</sup> 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2014/29710 Karar No: 2015/4930 Karar Tarihi: 05.03.2015.

<sup>68</sup> İlgili maddenin TBMM tarafından yapılan Türkçe çevirisi şu şekildedir “Bir âkit devlette mutat meskeni olup, diğer bir âkit devletin mahkemelerinde açılmış davalarda, davacı veya müdahil olarak bulunan kişilerden (tüzel kişiler de dahil), sırf yabancı uyruklu olmaları veya davaların açıldığı devlette ikamet etmemeleri ya da mutat meskenlerinin olmamaları sebebiyle her ne isim altında olursa olsun herhangi bir teminat, kefalet ya da depozito istenemez.” İlgili maddenin İngilizce orijinal hali ise şöyledir: “No security, bond or deposit of any kind may be required, by reason only of their foreign nationality or of their not being domiciled or resident in the State in which proceedings are commenced, from persons (including legal persons) habitually resident in a Contracting State who are plaintiffs or parties intervening in proceedings before the courts or tribunals of another Contracting State.” Bkz., Esen, Emre. “Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi Kapsamında Yabancı Tüzel Kişilerin Teminat Yükümlülüğünden Muafiyeti”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:9 Sayı:1 Yıl 2018, s. 14.

<sup>69</sup> Şanlı/ Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 559, dn. 257; Esen, s. 7-10. Bazı yazarlar ise Yargıtay'ın bu konudaki kararlarına eserlerinde yer vermekle birlikte, konuya ilişkin görüş belirtmemişlerdir, bkz. Çelikel/Erdem, s. 679, dn 170; Nomer, 2017, s. 501, dn. 226.



tüzel kişileri de kapsayacak biçimde çevrilmektedir<sup>70</sup>. Ayrıca pek çok milletlerarası sözleşmede bu ifadeler, tüzel kişilerin ve şeylerin belli bir devlete aidiyetini tanımlamak için kullanılmaktadır<sup>71</sup>.

1980 tarihli “Adalet Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşmenin” gerek metninde gerek açıklayıcı raporunda, 1954 tarihli Sözleşmede yer alan hükümden, tüzel kişilerin teminat muafiyetinden yararlanamayacağını ön gören bir hüküm bulunmamaktadır. Yargıya erişim hakkı esas, teminat yatırma şartı istisna olarak kabul edilmişken, 1954 tarihli sözleşmenin dar yorumlanması ve tüzel kişilerin teminat muafiyetinin kapsamının dışında tutulması kanaatimizce doğru bulunmamaktadır. Zira, Yargıtay’ın en yeni tarihli kararında bu karardan döndüğünü görmekteyiz<sup>72</sup>.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 2016 tarihli kararında 1954 tarihli Sözleşmenin tüzel kişileri kapsamadığı şeklinde hüküm tesis etmiştir. Yargıtay’ın bu konudaki gerekçesi ise, 25.10.1980 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından 07.07.2004 tarihinde imzalanan, ancak henüz yasalaşmayan "Adalet Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme'nin" 14/1. maddesi ile yapılan değişiklik ile tüzel kişilerin açıkça anılmasının 1954 tarihli Lahey Sözleşmesinin tüzel kişileri kapsamadığı şeklinde yorumlanmasıdır. Söz konusu karar şu şekildedir: “...1954 tarihli sözleşmenin 17. maddesine tüzel kişilerle ilgili anılan eklemenin yapılması, sözleşmenin ilk halinin tüzel kişileri kapsamadığını göstermektedir. O halde mahkemece alacaklıya süre verilmek suretiyle icra müdürlüğüne belirlenecek teminatı yatırması sağlanarak, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir”<sup>73</sup>.

2013 yılında yine Yargıtay 12. Hukuk Dairesi tarafından verilen Karar Düzeltme kararında “Tüzel kişilerin teminat yatırma zorunluluğu varken kararın bozulması gerekirken onanması doğru olmamıştır” şeklinde hüküm kurulmuştur. İlgili karar şu şekildedir: “Bu durumda, 1954 tarihli sözleşmenin 17. maddesine tüzel kişilerle ilgili anılan eklemenin yapılması, sözleşmenin ilk halinin tüzel kişileri kapsamadığını göstermektedir. O halde mahkemece alacaklıya süre verilmek suretiyle icra müdürlüğüne belirlenecek teminatı yatırması sağlanarak, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup hükmün bu nedenle bozulması gerekirken onandığı anlaşılmalı borçlunun karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir”<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> 1954 tarihli Sözleşmenin İngilizce orijinal metni şu şekildedir “No security, bond or deposit of any kind may be imposed by reason of their foreign nationality, or of lack of domicile or residence in the country, upon nationals of one of the Contracting States, having their domicile in one of these States, who are plaintiffs or parties intervening before the courts of another of those States. The same rule shall apply to any payment required of plaintiffs or intervening parties as security for court fees. All conventions under which Contracting States have agreed that their nationals will be exempt from providing security for costs or for payment of court fees regardless of domicile shall continue to apply.”

<sup>71</sup> Örneğin, “Milletlerarası Sivil Havacılık Hakkında 1944 tarihli Chicago Sözleşmesi”nin 17. maddesi, “Nationality of Aircraft” başlığını taşımaktadır. İlgili maddede, hava araçlarının tescil edildikleri devletin tabiiyetinde (vatandaşlığında) buldukları öngörülmüştür. Daha fazla örnek için Bkz. Esen, s. 10,12.

<sup>72</sup> Esen, s. 13; Şanlı/Esen/ Ataman Figanmeşe, s. 559-560, dn. 257. 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2017/8463 Karar No: 2017/15601 Karar Tarihi: 14.12.2017 (Sinerji İçtihat Bankası).

<sup>73</sup> 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2015/26555 Karar No: 2016/3489 Karar Tarihi: 11.02.2016.

<sup>74</sup> 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2013/17436 Karar No: 2013/24686 Karar Tarihi: 02.07.2013.

12. Hukuk Dairesi 2017 yılında verdiği kararında bu anlayışından dönmüştür. İlgili dairenin en yeni tarihli kararı uyarınca; “*Karşılıklılık, iki devlet arasında imzalanan (iki taraflı) anlaşma veya iki devletinde taraf olduğu uluslararası (çok taraflı) anlaşma ile sağlanabileceği gibi, kanuni veya fiili karşılıklılık şeklinde de sağlanabilir. Yukarıda belirtilen anlaşmalardan biri de, 13.04.1972 tarih ve 7/4283 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 244 Sayılı Kanunun 3. maddesi uyarınca onaylanması kararlaştırılarak 23.05.1972 tarih ve 14194 sayılı resmi gazetede ilan edilen 01.03.1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi olup, anılan sözleşmenin 17. maddesinde; âkit devletlerden birinde ikamet eden ve diğer bir devletin mahkemeleri huzurunda davacı veya müdahil olarak bulunan âkit bir devletin vatandaşlarından, yabancı olmaları sebebi ile herhangi bir teminat istenemeyeceği düzenlenmiştir. İcra takibini yapan alacaklı şirket Hollanda uyruklu olup, şirketin tâbi olduğu Hollanda devleti Lahey Sözleşmesine taraftır. Her ne kadar borçlu tarafından dosyaya sunulan, 1954 tarihli sözleşmenin 17. maddesinde, tüzel kişilerle ilgili olarak, 25.10.1980 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından 07.07.2004 tarihinde imzalanan, ancak henüz yasalaşmayan "Adalet Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme'nin" 14/1. maddesi ile; Bir akit devlette mutat meskeni olup, diğer bir akit devletin mahkemelerinde açılmış davalarda, davacı veya müdahil olarak bulunan kişilerden (tüzel kişiler de dahil), sırf yabancı uyruklu olmaları veya davaların açıldığı devlette ikamet etmemeleri yada mutat meskenlerinin olmamaları sebebiyle her ne isim altında olursa olsun herhangi bir teminat, kefalet yada depozito istenemez...*” Şeklinde karar değişikliği yapılmış ve sözleşmenin ilk halinin tüzel kişileri kapsamadığına ilişkin özel dairece kararlar verilmiş ise de, anılan kararların maddi hataya müstenit olduğu belirtilmiş, yabancılık muafiyetine ilişkin 1954 tarihli sözleşmenin 17. maddesinin uygulanmasında gerçek ya da tüzel kişi ayrımı bulunmayacağı hususunda nihai karar verilmiştir<sup>75</sup>. Yargıtay’ın bu yönde hüküm kurması, teminat yatırma yükümlülüğünün istisnai nitelikte olması hususunun göz önüne alınması ve 1954 tarihli Sözleşmenin doğru şekilde uygulanması açısından yerindedir.

#### **D. Alacağın Devrinin Teminatı Ortadan Kaldırıp Kaldırmadığı**

Özel hukuk kapsamında borç ilişkilerinde taraf değişiklikleri kural olarak serbesttir. Türk Borçlar Kanunu’na (TBK)<sup>76</sup> göre, kanundan, sözleşmeden yahut işin niteliğinden kaynaklanan bir engel olmadığı sürece alacaklı alacağını, borçlunun rızasına bağlı olmaksızın üçüncü kişiye devredebilir (TBK m. 183/1)<sup>77</sup>. Alacağın devri ile alacağı devreden kişi ile alacaklı arasında ikili bir ilişki söz konusu olup, bu devir ilişkisi alacak miktarına yahut alacağın varlığına bir etki etmeyecektir. Yalnızca alacaklı tarafta değişiklik meydana gelmektedir<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> 12. Hukuk Dairesi Esas No: 2017/8463 Karar No: 2017/15601 Karar Tarihi: 14.12.2017

<sup>76</sup> RGT. 11.01.2011, S. 27836.

<sup>77</sup> Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi, 20. Baskı, Ankara, 2016, s. 817; Hatemi, Hüseyin/K.Emre, Gökyayla. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 375; Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, Murat. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 515; Franko, Nisim. “Alacağın Temliki”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1994, s. 177.

<sup>78</sup> Borç ilişkilerinde alacağın devri hakkında detaylı bilgi için bkz. Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, Vedat Kitapçılık, 15. Baskı, İstanbul, 2020, s. 555-596; Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 24. Baskı, Ankara, 2019, s. 1370-1393; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 515-543; Hatemi/Gökyayla, s. 375-384; Kılıçoğlu, s. 817-836.

Usul hukuku kapsamında ise, yalnızca dava açmakla tarafların dava konusu<sup>79</sup> hak üzerinde maddi hukuk kapsamında sahip oldukları tasarruf yetkisi ortadan kalkmaz. Dava açıldıktan sonra, alacaklı olduğunu iddia eden davacı taraf bu alacağını üçüncü kişiye temlik edebilir<sup>80</sup>. Ya da aynı hakka ilişkin davalarda malı elinde bulunduran davalı taraf malın mülkiyeti üçüncü bir kişiye devredebilir. Esasen maddi hukukta yer alan tasarruf ilkesinin sonucu olan tüm bu işlemlerin, usul hukukuna birtakım yansımaları olmaktadır<sup>81</sup>. HMK m. 125/2'ye göre, dava açılmasından sonra dava konusu, davacı tarafından devredilecek olursa, devralan kişi görülmekte olan davada artık davacının yerine geçer ve dava hangi aşamada<sup>82</sup> ise o aşamadan itibaren davaya, davacı sıfatı ile devam eder<sup>83</sup>. HMK m. 125/2'ye 22. 07. 2020<sup>84</sup> tarihinde eklenen ifadeye göre; “*Bu takdirde dava davacı aleyhine sonuçlanırsa, dava konusunu devreden ve devralan yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur*”<sup>85</sup>.

Teminat yatırılması açısından ise önemli olan davacının -müdahale talebinde bulunanın yahut icra takibi yapanın- yabancı statüsünde olmasıdır. Ne MÖHUK ne HMK bu yabancılık statüsünü herhangi bir sabit ana bağlamamıştır. Dolayısıyla davanın -ya da icra takibinin- başında mevcut olan yabancılık statüsü henüz kesin hüküm tesis edilmeden ortadan kalkabilir. Yahut davanın -ya da takibin- başında mevcut olmayan yabancılık statüsü henüz dava devam ederken davacı tarafın- ya da takip yapanın- Türk tabiiyetine geçmesi ile sona erebilir. HMK m. 87/2 hükmü gereğince; Teminatı gerektiren durum ve koşullarda değişiklik olması hâlinde, hâkim teminatın azaltılması, artırılması, değiştirilmesi ya da kaldırılmasına karar verebilir. Yabancılık teminatı açısından HMK m.87/2 hükmü uyarınca alacağın devredilmesi ile teminat yatırmayı gerektiren en önemli koşul olan yabancı olma şartının ortadan kalktığı açıktır. Alacağın devredilmesi ile artık davanın -ya da icra takibinin- tarafı olmayan yabancı gerçek veya tüzel kişinin, yabancılık teminatı yatırmasına, HMK m. 125/2'yi göz önüne alarak, gerek olmadığı kanaatindeyiz. Teminat, yukarıda izah edildiği üzere, davacı tarafın – ya da takip talebinde bulunanın- *davasında haksız çıkması* halinde yargılama giderlerini ve davalı tarafın zarar ve

<sup>79</sup> HMK m. 119/1-d'ye göre dava konusu olan mal veya hakları şeklinde anlaşılmalıdır.

<sup>80</sup> Dava hakkının asıl haktan bağımsız, ayrı ve başlı başına bir varlığı söz konusu değildir. Dolayısıyla dava hakkının varlığı kural olarak asıl hakka bağlıdır. Asıl hakta meydana gelen değişiklikler dava hakkını etkilemektedir. Bkz. Kuru, s. 409; Pekcanitez, Atalay, Özkes, *Usul*, s. 308.

<sup>81</sup> Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin. *Medeni Usul Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 2020, s. 451; Kuru, Baki. *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 409; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 308;

<sup>82</sup> HMK m. 125'e göre dava konusunun devri, davanın açılmasından sonra hüküm kesinleşinceye kadar olan tüm aşamalarda mümkündür. Zira kısıtlayıcı nitelikte bir düzenleme bulunmamaktadır. Bkz. Kuru, s. 409; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 451-452.

<sup>83</sup> Eğer dava konusunu devralan kimse davacı sıfatıyla davaya devam etmezse mahkeme, meşruhatlı davetiye ile dava konusunu devralanı duruşmaya davet eder (HMK m. 147/2). Mahkeme dava konusunun devrinden sonra eski davacı ile davalı arasında yargılamaya devam edip hüküm tesis edemez.

<sup>84</sup> 7251 sayılı “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*” un, 11. maddesi ile ek cümle HMK 125/2'ye eklenmiştir. Bkz. RGT. 28.07.2020; S. 31199.

<sup>85</sup> Esasen yargılama giderlerinden devreden ve devralanın müteselsilen sorumlu olacağı, HMK m. 125/1, a, c hükümlerinin kıyasen uygulanması ile doktrinde zaten kabul edilmekteydi, bkz. Kuru, s. 415. Pekcanitez/Atalay/Özkes ise bu ekleme ile ilgili yaptıkları değerlendirmesinde “tereddütsüz olan bir durumun kanuna gereksiz ekleme yapılmasına neden olduğunu” belirtmiştir. Değerlendirme için bkz. Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes Muhammet. “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi*”, <https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/>, 30. 03. 2020 (E.T 10. 05. 2021).

ziyanını karşılamanın güç olması durumunda davacı taraftan alınmaktadır. HMK m. 125/2'ye göre, eğer davayı devralan davacı taraf aleyhine hüküm tesis edilirse yargılama giderlerinden devreden ve devralanın müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmekle, esasen devreden tarafın taraf sıfatı ortadan kalkmasına rağmen, yargılama giderlerinden sorumluluğunun devam edeceği görülmektedir. Fakat yargılama giderlerinden sorumluluğun devam etmesi, davanın tarafı olduğu anlamına gelmemektedir.

Yargıtay'ın yerleşik görüşüne göre alacağın teminat için verilen kesin süre zarfında yahut dava veya takip devam ederken Türk vatandaşına (veya Türk tabiiyetinde bulunan bir şirkete) devredilmesi ile yabancılık teminatı yatırılması zorunluluğu ortadan kalkmaktadır. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 2014 yılında verdiği bir kararda alacak, yabancı alacaklı tarafından Türk tabiiyetinde bulunan şirkete temlik edilmiştir. Söz konusu kararda *“Takip konusu alacağın tüm hak ve külfetleriyle, İcra Mahkemesi'nce teminatın yatırılması için verilen iki haftalık kesin süre dolmadan, Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunan tüzel kişiye temlik edildiği, yani temlik eden yabancı şirketin dosyada tasarruf hakkının kalmadığı, böylece alacaklının tabiiyetinden kaynaklanan yabancılık teminatı yatırılması yönündeki takip şartının da ortadan kalktığı kabulü gerekir Bu durumda, Mahkemece, şikâyetin açıklanan nedenlerle reddine karar verilmesi gerekirken kabulü ile takibin iptali yönünde hüküm kurulması isabetsizdir”*<sup>86</sup>, şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

2015 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen bir olayda alacağın temlikinin teminat yatırma yükümlülüğüne etkisi etraflıca tartışılmıştır. Kronolojik olarak söz konusu olayda meydana gelen olayları ele alacak olursak: *“Şikâyetçi-borçlular vekili, davalı tarafça müvekkilleri aleyhine Antalya 13. İcra Müdürlüğü'nün 2011/... Esas sayılı dosyası ile takip yapıldığını, alacaklı firmanın yabancı olduğunu adresinin de Posta Kutusu: 268 Georgetown Grand Cayman Adaları olarak gösterildiğini, Grand Cayman Adaları adlı bir ülke ile karşılıklılık anlaşması bulunmadığını, Türk mahkemelerinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişilerin yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorunda olduğunu, icra takibine baslarken alacaklının teminat göstermesinin zorunlu olup; icra müdürlüğünce bu hususun resen dikkate alınması gerekirken yerine getirilmediğini belirterek, mahkemece bir teminat öngörülmesini, kesin süre içinde teminat yatırılmaması halinde takibin iptaline karar verilmesini şikâyet kanun yolu ile istemiştir”*.

*“...25.01.2011 tarihinde tebliğ edilmesine rağmen teminat yatırılmadığı, alacağın Türk vatandaşı D.Ö.na temlik edildiği, ancak davanın takip ve davanın açıldığı şartlara göre değerlendirilerek, alacağın temlik edilmesinin takip ve dava tarihinden sonra olması ve davalıya usulüne uygun ihtarda bulunulmasına rağmen süresinde teminat yatırılmadığı gerekçesi ile istemin kabulü ile Antalya 13. İcra Müdürlüğü'nün 2011/...esas sayılı dosyasında yapılan takibin iptaline karar verilmiştir”*.

<sup>86</sup> 8. Hukuk Dairesi Esas No: 2013/17258 Karar No: 2014/10074 Karar Tarihi: 21.05.2014.



Yerel mahkeme Yargıtay ilgili dairesinin bozma kararına karşı direnmiştir. Yerel mahkemenin kararında direnmesinin gerekçesi ise hukukun genel ilkeleri ile açıklanmıştır. İlgili Kararda:“... takip tarihi ve davanın açıldığı zamandaki şartlara göre teminat hususunun değerlendirilmesi gerektiği, alacaklı tarafından usulüne uygun ihtara rağmen süresinde teminat yatırılmadığı, bu sürenin dolmasından sonra alacağı temlik ettiği, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumayacağı, davalının, teminat yatırmamasından dolayı davacının davasının kabul edileceğini anlayarak, alacağını Türk vatandaşına temlik etmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu gerekçesi ile önceki kararda direnilmiştir”.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bahse konu kararda yaptığı değerlendirmesinde, Yargıtay özel dairesi ile yerel mahkeme arasında yabancılık unsurundan dolayı teminat yatırılması konusunda bir anlaşmazlık olmadığını vurgulamış ve asıl uyuşmazlığın yabancı şirket tarafından yapılan icra takibinde; alacağın yargılama sırasında Türk vatandaşına temlik edilmesinin, takibe devam edilebilmesi için teminat yatırması şartını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı olduğunu belirtmiştir. Nihayetinde Hukuk Genel Kurulu: “Her ne kadar icra takibini başlatan A.I. Limited Şirketi yabancı uyruklu olup, teminat gösterme yükümlülüğünü yerine getirmemiş ise de, yargılama sırasında 04.11.2011 tarihinde alacağını Türk vatandaşı O.D.Ö.'na temlik etmiş olmakla yabancı olma unsurunun ortadan kalktığı ve takibin devamı için Türk vatandaşı olan alacaklıdan teminat yatırma şartı aranmayacağından, şikâyetin reddine karar verilmesi gereğine değinen Özel Daire bozma ilamına uyulması gerekirken yerel mahkemece önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır”<sup>87</sup> şeklinde hüküm tesis etmiştir. Hukuk Genel Kurulu bu kararını oyçokluğu<sup>88</sup> ile almış, yerel mahkemenin kararında direnmesini uygun bulmamış ve Özel Daire'nin bozma kararına uyması gerektiğini belirtmiştir.

Yukarıda ele aldığımız hususlar haricinde konuya ilişkin ifade etmek istediğimiz diğer husus, teminat yatırma şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini sabit bir ana bağlayan bir düzenleme yokken -aksine HMK m. 87/2'ye göre teminat yatırma şartlarında meydana gelen değişikliklerin hakim tarafından nazara alınacağı düzenlenmişken- ilk derece mahkemesi tarafından “takip tarihi ve davanın açıldığı zamandaki şartlara göre teminat hususunun değerlendirilmesi gerektiği” şeklinde tespitin hatalı olduğunu düşünmekteyiz. Yine ilk derece mahkemesince verilen kesin sürenin dolmasından sonra alacağın temlik edildiği belirtilmekte ve bu durumun dürüstlük kuralına aykırı olduğu ifade edilmektedir. Az yukarıda belirttiğimiz üzere dava konusunun (burada alacağın) davacı tarafından, davanın açılmasından kesin hüküm tesis edildiği ana kadar devri mümkündür. Davanın açıldığı tarih ile dava hakkında kesin hüküm tesis edilen yargı sürecine, teminat yatırılması için ilgiliye verilen kesin süre ve bu süreden sonraki

<sup>87</sup> Hukuk Genel Kurulu Esas No: 2013/12-1566 Karar No: 2015/1144 Karar Tarihi: 01.04.2015.

<sup>88</sup> Hukuk Genel Kurulunun söz konusu kararında çoğunluğun görüşüne katılmayıp karşı oy yazısı ekleyen üyenin görüşü şu şekildedir: “Ne var ki, takip tarihi itibarıyla teminat yatırması gereken yabancı uyruklu alacaklı şirketin yargılama sırasında, alacağını Türk uyruklu olan ve aynı vekille temsil olunan O.D.Ö.na temlik, teminat yükümlülüğünü yerine getirmemek için anılan kanun hükmünün dolanılması niteliğindedir. Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken iyi niyet kurallarına uymakla yükümlü olup, hakkın kötüye kullanılmasını kanun himaye etmez. Bu nedenle, yargılama sırasında verilen kesin sürenin dolmasından sonra teminat yatırmamak amacıyla alacağın temlik, kötü niyetli olup, teminat yatırma koşulu yerine getirilmediğinden, şikâyetçi borçluların isteminin kabulü ile takibin iptaline ilişkin verilen ve sonucu itibarıyla doğru olan yerel mahkeme kararının onanması gerektiğinden, çoğunluk görüşüne katılmıyorum”.

süreç de dahildir. Dolayısıyla ilgiliye teminat yatırması için kesin süre verilmeden ya da bu kesin süre içerisinde yahut kesin süre dolduktan sonra, dava konusu alacak üçüncü kişiye devredilebilir<sup>89</sup>.

## SONUÇ

Milletlerarası usul hukukunda dava açanın davaya katılma talebinde bulunanın yahut icra takibi yapanın yabancı bir ülke vatandaşı olması yahut başka bir ülkenin tabiiyetinde bulunması halinde, MÖHUK m. 48'e göre, teminat yatırması gerekmektedir. MÖHUK kapsamında yatırılması gereken bu teminata yabancılikten doğan teminat ya da kısaca yabancılık teminatı denmektedir. Yabancılık teminatının yatırılması kural olarak zorunlu olmakla birlikte karşılıklılık şartının sağlanması ile yabancı, teminat yatırmaktan muaf olabilmektedir. MÖHUK m. 48/2'ye göre, dava açan, davaya katılma talebinde bulunan yahut icra takibi yapan kişinin vatandaşı olduğu veya tabiiyetinde bulunduğu devlet ile Türkiye arasında akdi, kanuni ya da fiili bir karşılıklılığın bulunması halinde teminattan muafiyet söz konusu olacaktır.

Yabancılık teminatının amacı, karşı tarafın (davalı tarafın yahut kendisine karşı takip yapılanın) haklı çıkması halinde yabancı tarafın Türkiye ile zayıf bağlantısından dolayı mağduriyet yaşamamasıdır. Kanun koyucu "somut dava şartlarına göre belli bir miktar teminat yatırılır" diyerek, teminat miktarını belirlemeyi hâkime/icra müdürüne bırakmıştır. Uygulamada dava konusu alacağın neredeyse yarı miktarında teminata hükmedildiği görülmekte, hal böyle olunca Türk mahkemeleri milletlerarası davalara çözüm getirme bakımından teminat engeline takılmakta, yabancılar yahut Türkiye'de mutad meskeni olmayanlar açısından hak arama özgürlüğüne ulaşmak zorlaşmaktadır. Dava veya talep sonucunda karşı tarafın yahut hazinenin uğrama ihtimali bulunan zararın oluşturacağı mağduriyet ile, davacı yahut talepte bulunanın hak arama özgürlüğünün engellenmesi sonucunda oluşacak mağduriyet arasındaki dengenin hassas bir şekilde kurulması gerekmektedir. Bu bağlamda her davada işin özelliğine, dava konusunun miktarına hatta yabancının Türkiye ile ilişkisine göre teminat miktarına hükmedilmesi, fahiş miktarlarda teminat talep edilmemesi gerekir.

Taraflarca teminat itirazında bulunmaya gerek kalmaksızın yargılamanın her aşamasında teminata ilişkin değerlendirme mahkemece (yahut icra dairesince) kendiliğinden yapılmalıdır. Bu bağlamda mahkeme yahut icra dairesi karşılıklılığın gerçekleşip gerçekleşmediğini de tarafların bir iddiası ve talebi olmaksızın kendiliğinden araştırmalıdır. Eğer teminat yatırılması gerektiğine kanaat getirilirse, uygun bir miktar teminata hükmedilmeli ve bu teminatın yatırılması için uygun bir süre verilmelidir. Davacıya (müdahale yahut takip talebinde bulunana) verilen süre kesindir. Yapılan ihtarda, sürenin kesin olduğu ve bu kesin sürede teminatın yatırılmamasının hüküm ve sonuçları detaylı bir şekilde açıklanmalıdır. Yargıtay teminatın dava şartı olmasından bahisle, tarafların temyiz dilekçesinde yer almasa dahi teminata ilişkin hususları re'sen nazara almakta, teminat yatırılması için yapılan ihtarın kapsamlı bir ihtar olmamasını muhtelif kararlarında bozma nedeni olarak görmektedir. Hal böyle olunca, davanın ilk aşamalarında giderilmesi gereken dava

<sup>89</sup> Doktrinde, yabancı gerçek veya tüzel kişinin alacak davası devam ederken alacağını Türk vatandaşı bir gerçek kişiye veya Türk tabiiyetinde bulunan bir tüzel kişiye devrinin teminat yatırma yükümlülüğünü ortadan kaldırıp kaldırmayacağına ilişkin görüş beyan edilmemiştir. Doktrinde *Doğan*, Yargıtay'ın söz konusu kararına yer vermekle yetinmiş, görüşlerini beyan etmemiştir, Bkz. *Doğan*, 2019, s. 95, dn. 60.

şartı eksikliği temyiz aşamasında giderilmeye çalışılmakta, uyuşmazlığın esasına girilememekte, böylelikle yargı süreçleri uzamaktadır.

Yargıtay muhtelif bazı kararlarında, 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin kapsamına tüzel kişilerin girmediği benimsemekte, dolayısıyla bu kişilerin teminat yatırmaktan muafiyeti göz ardı edilmekte, karşılıklılık şartı sağlansa da teminata hükmedilmektedir. Yargıtay bu kararına gerekçe olarak 1954 Lahey Sözleşmesi'nin Türkçe çevirisinde yer alan "vatandaş" ibaresinin kapsamına tüzel kişilerin girmediğini göstermektedir. Aynı yönde, 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 17. maddesinde, açıkça tüzel kişilerin de teminat muafiyeti kapsamına dahil edildiğine dair bir ibare yer almadığını belirtmektedir. Buna dayanak olarak ise 1980 tarihli "Adalet Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşmenin" 14/1. maddesinde tüzel kişilerin de muafiyet kapsamına dahil edildiğinin açıkça parantez içinde belirtilmesini göstermektedir. Kanaatimizce Yargıtay'ın 1954 tarihli Sözleşmeyi daraltıcı şekilde yorumlayıp, tüzel kişileri kapsam dışı bırakması, teminatın yatırılmasının istisnai nitelikte oluşuna aykırıdır. Kaldı ki Yargıtay'da en yeni tarihli kararlarında eski tarihli kararlarında yer alan bu görüşünden dönmektedir.

Yargıtay kararlarına konu olmuş bir diğer problemlili mesele, dava açan yahut icra takibi başlatan davacı yabancı alacaklının teminat yatırmadan evvel alacağını bir Türk vatandaşına devretmiş olmasıdır. Bu durumda MÖHUK m. 48 kapsamında yabancı olma şartı ortadan kalktığı için teminata da gerek kalmamaktadır. Alacaklının teminat yatırmaktan kaçınmak için böyle bir devir işlemi gerçekleştirdiğini varsayıp MK m. 2'ye göre dürüstlük ilkesine aykırı hareket edildiğinden bahisle yine de teminata hükmeden ilk derece mahkemesinin kararını Yargıtay yabancılık unsurunun ortadan kalması ile teminat yatırma yükümlülüğünün de sonlandığı gerekçesi ile bozmuştur. Dolayısıyla teminat şartı dava yahut takip henüz açıldığı sırada araştırılacak olsa da dava ya da takip esnasında meydana gelen değişiklikler de teminat yatırma yükümlülüğünün sona ermesinde yahut ortaya çıkmasında göz önüne alınacaktır.

Son olarak, özellikle davacı tarafın ya da icra takibinde bulunan tarafın bağımsızlığını yakın bir tarihte kazanan bir devletin tabiiyetinde olan ticaret şirketi olması halinde, şirketin tabiiyetinde olan devlet ile Türkiye arasında karşılıklılık şartının sağlanıp sağlanmadığı sorun arz edebilmektedir. Zira yakın tarihte bağımsızlığını kazanan devlet, daha önce kendisini himaye eden başka bir devletten ayrılmakla bağımsızlığını kazanmaktadır. Teminat açısından yaşanan problem, bağımsızlığını yakın tarihte kazanan devleti daha önce himaye eden devlet ile Türkiye arasında daha önceden akdedilen anlaşmaların bağımsız devleti kapsayıp, kapsamayacağıdır. Bu yönde Yargıtay olumlu yönde karar vermektedir.

## KAYNAKÇA

- Acun Mekengeç, Merve. “Türk Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü”, *MHB*, Cilt: 37, Sayı: 2, ss. 1–33.
- Altuğ, Yılmaz. *Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi*, Sermet Matbaası, 2. Baskı, İstanbul, 1979.
- Arslan, Aziz Serkan. “HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, ss. 943-974.
- Asar, Aydoğın. *Yabancılar Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, 2020.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/ Erdoğın, Ersin. *Medeni Usul Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 2020.
- Aygül, Musa. “Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybeden Kişilerin Kamu Görevine Girme Yasağı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 1, 2010, ss. 31-60.
- Aygül, Musa/Altınbaş, Elif Hande. “Sığınmacıların Teminat Yatırma Yükümlülüğü”, *Public and Private International Law Bulletin*, 40(2), 2020 Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, ss. 707-727.
- Can, Hacı/Tuna, Ekin. *Mavi Kartlı Yabancılar*, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2018 (2018).
- Cin, Mustafa. “Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Türkiye’de Çalışma Hakkı”, *MHB* (24), 2004, ss. 337-352.
- Çalışkan, Zeynep. *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat*, Vedat Kitapçılık, 1. Baskı, 2013.
- Çelikel, Aysel / Şanlı, Cemal / Esen, Emre. *Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı*, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Çelikel, Aysel/ Öztekin Gelgel, Günseli. *Yabancılar Hukuku*, Beta Yayınevi, 24. Baskı, İstanbul, 2018.
- Çelikel, Aysel/Erdem, B. Bahadır. *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınevi, 16. Baskı, İstanbul, 2020.
- Çiçekli, Bülent. *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2016.
- Doğın, Vahit. *Milletlerarası Özel Hukuk*, Savaş Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2019 (2019).
- Doğın, Vahit. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Savaş Yayınevi, 15. Baskı, Ankara, 2018 (2018).
- Doğın, Vahit. *Türk Yabancılar Hukuku*, Savaş Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2020 (2020).
- Ekşi, Nuray. *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, Beta Yayınevi, 5. Baskı, İstanbul, 2018.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 24. Baskı, Ankara, 2019.
- Esen, Emre. “Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi Kapsamında Yabancı Tüzel Kişilerin Teminat Yükümlülüğünden Muafiyeti”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:9 Sayı:1 Yıl 2018, ss. 1-26.
- Franko, Nisim, “Alacağın Temliki”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1994, ss. 177-197.
- Güngör, Gülin. *Tabiiyet Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2019 (2019).
- Güngör, Gülin. *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2021 (2021).
- Hatemi, Hüseyin/K.Emre, Gökyayla. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi, 20. Baskı, Ankara, 2016.

Kıyak, Emre, “Türkiye’de Mutad Meskeni Olmayan Türk Vatandaşları İçin Teminat Gösterme Yükümlülüğü (HMK m.84/1-a)”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S.1-2, Haziran 2012, ss. 225-246.

Kuru, Baki. *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2019.

Muşul, Timuçin. *Medeni Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2012.

Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yayınevi, 22. Baskı, İstanbul, 2017, s. 499 (2017).

Nomer, Ergin. *Milletlerarası Usul Hukuku*, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2018 (Usul).

Nomer, Ergin. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, 25. Baskı, İstanbul, 2018 (Vatandaşlık)

Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, Vedat Kitapçılık, 15. Baskı, İstanbul, 2020.

Özçelik, Volkan. “Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Verdiği Kesin Süre”, *TBB Dergisi*, 2017 (129), ss. 133-160.

Özkan, Işıl/Tütüncübaşı. Uğur, *Uluslararası Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2017.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes Muhammet, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi”, <https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklikyapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/>, 30. 03. 2020.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 6. Bası, İstanbul, 2018 (Usul).

Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Fıganmeşe, İnci. *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınevi, 9. Baskı, İstanbul, 2021.

Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, Murat. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2016.

Turhan, Turgut. “Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (TVK m. 29 üzerine bir inceleme)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 46, S. 1-2, s. 41-65.

Tütüncübaşı, Uğur. “Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı 2, 2010, ss. 183-223.

Unat, İlhan. “Davacının Yabancı Niteliğine Dayanan Adli Teminatın Uygulama Alanı”, *Ankara Üniversitesi Siyaset Bilimleri Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 3-4, 1973, ss. 1-19.

Yararlanılan Yargıtay Kararları: Sinerji İçtihat Bilgi Bankası/ <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>.

Yılmaz, Ejder. “Davada İnanca”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı*, C. I, Ankara, 1977, ss. 381-410 (1977).

Yılmaz, Ejder. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Süreler”, *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, Özel Sayı (Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan), İzmir, 2013, s. 3167-3190 (2013).



## 1876 Anayasası'nda 1909'da Yapılan Değişikliklerin Amaçları ve Uluslararası Andlaşmaların Yapılışı İle İlgili Değişikliğin Amaçlara Uygunluğu\*

Tuğçe İSAYEV 

Dr. Öğr. Üyesi, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü, [tugceisayev@klu.edu.tr](mailto:tugceisayev@klu.edu.tr), (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	Öz
<p><b>Makale Geçmişi</b> <b>Geliş: 10.05.2021</b> <b>Kabul: 12.07.2021</b> <b>Yayın: 11.08.2021</b></p> <p><b>Anahtar Kelimeler:</b> 1876 Anayasası, 1909 Değişiklikleri, Meşrutî Monarşi, Uluslararası Andlaşmalar, Uluslararası Andlaşmaların Yapılışı Aşamaları.</p>	<p>1876 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili düzenlemesi 7. maddesinde yer almıştır. Bu düzenleme ile uluslararası andlaşma yapma yetkisi Padişaha verilmiştir. Başka bir ifade ile, uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamını teşkil eden uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi, uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması ve yürürlüğe girmesi bakımından Padişahın yetkili olduğu kabul edilmiştir. 1876 Anayasası'nda 1909'da genel hatları itibarıyla Padişahın yetkilerini kısıtlamaya, Meclis-i Umumi'nin yetkilerini artırmaya ve Osmanlı İmparatorluğu'nu gerçek bir meşrutî monarşiye dönüştürmeye yönelik önemli değişiklikler yapılmıştır. 1909'da yapılan değişikliklerden biri uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgilidir. Bu çalışmanın amacı, 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişikliği ve bu değişikliğin 1909 değişikliklerinin amaçlarına uygunluğunu ayrıntılı şekilde incelemektir. Bu çalışma ile varılan sonuca göre, 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişiklik sonrasında uluslararası andlaşma yapma yetkisi yine Padişaha ait olmakla birlikte birtakım uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için Meclis-i Umumi tarafından onaylanması şartı aranmaya başlanmıştır. Bu durum, 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişikliğin 1909 değişikliklerinin amaçlarına uygun olduğunu ortaya koymaktadır. Çünkü, 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişiklik ile Padişahın; barış andlaşmaları, ticaret andlaşmaları, ülke kazanılmasına ya da terkine ilişkin andlaşmalar, Osmanlı uyruklarının temel ve kişisel haklarına ilişkin andlaşmalar ve devlete mali yük getiren andlaşmalar yapma konusundaki yetkileri kısıtlanmış, sayılan uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için Meclis-i Umumi tarafından onaylanması şartı getirilerek Meclis-i Umumi'nin yetkileri artırılmıştır.</p>

### The Purposes of The Changes in The Constitution of 1876 in 1909 and The Fitness of The Change Regarding The Conducting of International Treaties for Purpose

Article Info	Abstract
<p><b>Article History</b> <b>Received: 10.05.2021</b> <b>Accepted: 12.07.2021</b> <b>Published: 11.08.2021</b></p> <p><b>Keywords:</b> Constitution of 1876, Changes of 1909, Constitutional Monarchy, International Treaties, Stages of Conducting International Treaties.</p>	<p>The regulation of the 1876 Constitution regarding conducting international treaties was included in the 7th article. With this regulation the authority to conduct international treaties was given to the Sultan. In other words, it was accepted that the Sultan was authorized in terms of the formation and formalization of the texts of international treaties, and in being binding and the enforcement of international treaties. Substantial changes were made in the 1876 Constitution in 1909 to restrict the Sultan's powers, increase the parliament's powers, and turn the Ottoman Empire into a genuine constitutional monarchy. One of the changes made in the Constitution of 1876 in 1909 concerns the conducting of international treaties. This study examines the change made in the Constitution of 1876 regarding conducting international treaties in 1909 and its appropriateness for the 1909 changes. According to the conclusion reached by this study, after the change made in 1909 regarding conducting international treaties, the authority to conduct international treaties again belongs to the Sultan. However, certain international treaties were required to be approved by the parliament to become binding. This situation reveals that the change made in 1909 regarding the conducting of international treaties was in line with the aims of the 1909 changes. Because, with the change made in 1909 regarding conducting of international treaties, the powers of the Sultan in peace treaties, trade agreements, treaties on acquisition or abandonment of the country, treaties on the fundamental and personal rights of Ottoman citizens, and treaties that impose a financial burden on the state were restricted, and the powers of the parliament were increased by requiring the ratification of the international agreements to become binding.</p>

**Atıf/Citation:** İsayev, T. (2021). "1876 Anayasası'nda 1909'da Yapılan Değişikliklerin Amaçları ve Uluslararası Andlaşmaların Yapılışı İle İlgili Değişikliğin Amaçlara Uygunluğu", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), s. 347-361.

**Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

\* Bu makale 10-12 Nisan 2021 tarihinde Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan özet bildirinin genişletilmiş halidir.

## GİRİŞ

Osmanlı İmparatorluğu döneminde yaşanan anayasal gelişmeleri, 1808 tarihli Sened-i İttifak'tan başlayarak incelemek mümkündür.<sup>1</sup> Sened-i İttifak ile bir yandan Osmanlı İmparatorluğu'nun kazanımları söz konusu olmuştur diğer yandan ise âyanların ve genelin kazanımları söz konusu olmuştur. Sened-i İttifak Osmanlı İmparatorluğu'nun ileri gelenleri ile âyanlar arasında imzalanmıştır. Bu çerçevede, Sened-i İttifak iki taraflı bir sözleşme niteliğindedir ve Sened-i İttifak ile Osmanlı İmparatorluğu döneminde ilk kez devlet iktidarı sınırlandırılmıştır. Sened-i İttifak'ın Osmanlı İmparatorluğu döneminde yaşanan anayasal gelişmeler bakımından arz ettiği önem, Osmanlı İmparatorluğu döneminde devlet iktidarını sınırlandıran ilk anayasal belge olmasından kaynaklanmaktadır.<sup>2</sup>

Osmanlı İmparatorluğu döneminde yaşanan anayasal gelişmeler bağlamında Sened-i İttifak'ı 1839 tarihli Tanzimat Fermanı izlemiştir. Tanzimat Fermanı ile pek çok temel hak ve özgürlük tanınmış ve devlet iktidarını sınırlandırmaya yönelik pek çok ilke kabul edilmiştir. Tanzimat Fermanı ile tanınmış temel hak ve özgürlükler ile kabul edilmiş ilkeler arasında; can, mal ve ırz güvenliğinin sağlanması, şeref ve haysiyet dokunulmazlığı, müsadere yasağı, mali güce göre vergilendirme, yargılanma hakkı ve yargılamanın aleniliği ile benzeri hususlar yer almıştır. Bu çerçevede, Tanzimat Fermanı Osmanlı İmparatorluğu döneminde kabul edilmiş ilk temel haklar beyannamesi olarak değerlendirilebilmektedir. Tanzimat Fermanı, Sened-i İttifak'tan farklı olarak tek yanlı bir işlem ile bir ferman ile Padişahın devlet iktidarını sınırlandırdığı bir anayasal belgedir.<sup>3</sup> Tanzimat Fermanı'nın Osmanlı İmparatorluğu döneminde yaşanan anayasal gelişmeler bakımından arz ettiği önem buradan kaynaklanmaktadır.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde yaşanan anayasal gelişmeler bağlamında Tanzimat Fermanı'nı 1856 tarihli Islahat Fermanı izlemiştir. Tanzimat Fermanı'ndan daha geniş kapsamlı bir ferman olarak Islahat Fermanı, Müslümanlar ile gayrimüslimler arasında tam bir eşitlik sağlamayı hedeflemiştir. Islahat Fermanı ile Müslümanlar ile gayrimüslimler arasındaki eşitliğin tam olarak sağlanması amacına uygun olarak din, vergi, askerlik, yargılama, eğitim, memurluk ve temsil gibi konularda gayrimüslimlere yönelik farklı uygulamalar kaldırılmıştır. Bu çerçevede, Islahat Fermanı Tanzimat Fermanı gibi tek yanlı bir işlem ile bir ferman ile Padişahın devlet iktidarını sınırlandırdığı, tebaaya Avrupa devletlerinin o dönem için kendi vatandaşlarına tanıdığı

<sup>1</sup> Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018, s. 9. Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, 18. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 23. Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*, 22. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 168. Eroğul, Cem. *Anatüzeeye Giriş ("Anayasa Hukuku"na Giriş)*, 12. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012, s. 199. Tanör, Bülent. *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 30. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 56-57. Yılmaz, Faruk. *Türk Anayasa Tarihi*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 32-35. Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 155. Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Türk Anayasa Tarihi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 764.

<sup>2</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 10-11. Özbudun, s. 23. Eroğul, s. 199. Tanör, s. 41-64. Yılmaz, s. 32-35. Eren, s. 155-159. Fendoğlu, s. 762-768. *Sened-i İttifak* için bkz.

[https://www.tbmm.gov.tr/kultursanat/yayinlar/yayin001/001\\_00\\_004.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/kultursanat/yayinlar/yayin001/001_00_004.pdf), (Erişim Tarihi: 19.04.2021).

<sup>3</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 11-13. Özbudun, s. 24. Eroğul, s. 207. Tanör, s. 75-95. Yılmaz, s. 35-38. Eren, s. 159-162. Fendoğlu, s. 798-799. *Tanzimat Fermanı* için bkz.

[https://www.tbmm.gov.tr/kultursanat/yayinlar/yayin001/001\\_00\\_004.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/kultursanat/yayinlar/yayin001/001_00_004.pdf), (Erişim Tarihi: 19.04.2021).

temel hak ve özgürlüklerin çoğunu tanıyan bir anayasal belgedir.<sup>4</sup> Islahat Fermanı'nın Osmanlı İmparatorluğu döneminde yaşanan anayasal gelişmeler bakımından arz ettiği önem buradan kaynaklanmaktadır.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde yaşanan anayasal gelişmeler sonucunda, Sened-i İttifak, Tanzimat ve Islahat Fermanlarını takiben Osmanlı İmparatorluğu'nun ilk anayasası olan 1876 Anayasası bir ferman ile kabul ve ilan edilmiştir.<sup>5</sup> Bu çalışma açısından 1876 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili düzenlemesi önem arz etmektedir. 1876 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili düzenlemesi 7. maddesinde yer almıştır. Bu düzenleme ile uluslararası andlaşma yapma yetkisi Padişaha verilmiştir. Başka bir ifade ile, uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamını teşkil eden uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi, uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması ve yürürlüğe girmesi bakımından Padişahın yetkili olduğu kabul edilmiştir.

1876 Anayasası'nda 1909'da genel hatları itibariyle Padişahın yetkilerini kısıtlamaya, Meclis-i Umumî'nin yetkilerini artırmaya ve Osmanlı İmparatorluğu'nu gerçek bir meşruti monarşiye dönüştürmeye yönelik önemli değişiklikler yapılmıştır. 1909'da yapılan değişikliklerden biri uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgilidir. Bu çalışmanın amacı, 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişikliği ve bu değişikliğin 1909 değişikliklerinin amaçlarına uygunluğunu ayrıntılı şekilde incelemektir.

Bu çalışma ile varılan sonuca göre, 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişiklik sonrasında uluslararası andlaşma yapma yetkisi yine Padişaha ait olmakla birlikte birtakım uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için Meclis-i Umumî tarafından onaylanması şartı aranmaya başlanmıştır. Bu durum, 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişikliğin 1909 değişikliklerinin amaçlarına uygun olduğunu ortaya koymaktadır. Çünkü, 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişiklik ile Padişahın; barış andlaşmaları, ticaret andlaşmaları, ülke kazanılmasına ya da terkine ilişkin andlaşmalar, Osmanlı uyruklarının temel ve kişisel haklarına ilişkin andlaşmalar ve devlete mali yük getiren andlaşmalar yapma konusundaki yetkileri kısıtlanmış, sayılan uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için Meclis-i Umumî tarafından onaylanması şartı getirilerek Meclis-i Umumî'nin yetkileri artırılmıştır.

Bu çalışmanın ilk bölümünde genel olarak 1876 Anayasası ve 1876 Anayasası'na göre uluslararası andlaşmaların yapılışı başlığı altında, 1876 Anayasası'nın özellikleri ve 1876 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili düzenlemesi incelenmiştir. İkinci bölümde ise 1909 değişiklikleri ve uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili değişiklik başlığı altında, 1909 değişikliklerinin amaçları ile 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili

<sup>4</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 13-14. Özbudun, s. 24. Eroğul, s. 208. Tanör, s. 95-97. Yılmaz, s. 38-39. Eren, s. 162-165. Fendoğlu, s. 803-806. *Islahat Fermanı* için bkz.

[https://www.tbmm.gov.tr/kultursanat/yayinlar/yayin001/001\\_00\\_004.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/kultursanat/yayinlar/yayin001/001_00_004.pdf), (Erişim Tarihi: 19.04.2021).

<sup>5</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 14. Özbudun, s. 24. Eroğul, s. 212. Tanör, s. 133. Yılmaz, s. 42. Eren, s. 165. Fendoğlu, s. 821-822. *1876 Anayasası* için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/oncelki-anayasalar/1876-k%C3%A2n%C3%BBn-i-es%C3%A2s%C3%AE/>, (Erişim Tarihi: 19.04.2021). Sened-i İttifak ve sonrasında yaşanan Osmanlı Türk anayasal gelişmeleri ile ilgili belgeler için ayrıca bkz. Kili, Suna / Gözübüyük, A. Şeref. *Senedi İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri*, Yenilenmiş 3. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006.



olarak değişiklik ve bu değişikliğin 1909 değişikliklerinin amaçlarına uygunluğu ile ilgili açıklamalar yapılmıştır. Bu çerçevede, bu çalışmada önce çalışmanın konusu ile ilgili genel hususlar incelenmiş, ardından bu incelemelerden hareketle özel hususlar hakkında açıklamalar yapılmıştır başka bir ifade ile, tümdengelim yöntemi benimsenmiştir.

## I. Genel Olarak 1876 Anayasası ve 1876 Anayasası'na Göre Uluslararası Andlaşmaların Yapılışı

### A. 1876 Anayasası'nın Özellikleri

1876 Anayasası'nın resmi adı, Kanun-u Esasî'dir. 1876 Anayasası Padişahın tek yanlı bir işlemi, fermanı ile kabul ve ilan edilmiştir. 1876 Anayasası'nın hazırlanması sürecinde bir kurucu meclis oluşturulmamış ve kabulü için de kurucu bir referandum yapılmamıştır. Bu sebeple, 1876 Anayasası monarşik anayasa yapma usullerinden biri olan ferman anayasaların bir örneğini teşkil etmektedir.<sup>6</sup>

Monarşik anayasa yapma usullerinden biri olan ferman anayasaların bir örneğini teşkil eden 1876 Anayasası, katı bir anayasadır. 1876 Anayasası 115. maddesinde üstünlüğünü ve bağlayıcılığını, 1876 Anayasası'nın bir maddesinin bile hiçbir sebep ve bahane ile tatil veya icradan ıskat edilemeyeceğini belirterek ifade etmiştir. 1876 Anayasası 116. maddesinde ise nasıl değiştirileceğini ortaya koymuştur. 116. maddesine göre 1876 Anayasası'nın değiştirilebilmesi için değişiklik teklifinin Heyet-i Mebusan ve Heyet-i Âyan tarafından üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilmesi gerekmektedir. 1876 Anayasası'nda anayasa değişikliği için bu kadar yüksek bir oy çokluğunun aranması ve 1876 Anayasası'nın açıkça üstünlüğünü ve bağlayıcılığını ifade etmesi, 1876 Anayasası'nın katı bir anayasa olduğunu ortaya koymaktadır.<sup>7</sup>

1876 Anayasası, 119 maddeden oluşan ayrıntılı bir anayasadır. 1876 Anayasası, ayrıntılı düzenlemeleri çerçevesinde öncelikle temel ilkelerine ardından ise temel hak ve özgürlüklere yer vermiştir. 1876 Anayasası ile kabul edilen temel hak ve özgürlükler arasında; vatandaşlık hakkı, kişi hürriyeti, kişi güvenliği, ibadet hürriyeti, dilekçe hakkı, devlet memurluğuna girme hakkı ve benzeri yer almıştır. 1876 Anayasası, temel hak ve özgürlüklerden sonra devletin temel organlarını yasama, yürütme ve yargı şeklinde bir ayrıma tabi tutarak incelemiştir.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 15. Tanör, s. 133. Eren, s. 168. Fendoğlu, s. 819-822. Anayasa yapma usullerini monarşik ve demokratik usuller olarak ikiye ayırarak inceleyebilmek mümkündür. Monarşik anayasa yapma usullerine iktidarın sadece hükümdara ait olduğu ya da hükümdarın iktidarını bir meclis ile paylaştığı durumlarda başvurulmaktadır. İktidarın sadece hükümdara ait olduğu durumlarda ferman anayasalar, hükümdarın iktidarını bir meclis ile paylaştığı durumlarda ise misak anayasalar ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, ferman anayasalar hükümdarın tek yanlı iradesinin ürünüdür ve ferman anayasalar ile hükümdar kendi isteği ile kendi iktidarını sınırlandırmaktadır. Ferman anayasalar ile mutlak monarşilerden meşrutî monarşilere geçiş sağlanmaktadır. Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı*, 10. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018, s. 107-108.

<sup>7</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 15. Tanör, s. 147-149. Katı anayasa, normal kanunlar için öngörülenden farklı bir usulle ve farklı bir organca değiştirilebilen anayasa anlamına gelmektedir. Anayasalara katılık sağlamanın yolları arasında; anayasa değişikliği için özel bir meclis oluşturulması, üye tam sayısının salt çoğunluğu kuralının uygulanması, nitelikli çoğunluğun aranması, anayasa değişikliklerinin halk oylamasına sunulması şartının getirilmesi, anayasalara değiştirilemeyecek maddeler eklenmesi, anayasa değişikliklerinin belli bir süre için ya da belli dönemler için yasaklanması, devlet başkanına anayasa değişiklikleri konusunda mutlak ya da geciktirici veto yetkisi verilmesi ve benzeri yollar yer almaktadır. Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 59-62. Teziç, s. 191-192.

<sup>8</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 15-16. Yılmaz, s. 43-44. Fendoğlu, s. 824. 1876 Anayasası'nın temel hak ve özgürlükler ile ilgili düzenlemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Konan, Belkıs. "İnsan Hakları ve Temel

1876 Anayasası'na göre yasama organı Meclis-i Umumî'dir. Meclis-i Umumî, Heyet-i Mebusan ve Heyet-i Âyan'dan oluşan iki meclisli bir yasama organıdır. Heyet-i Mebusan, Osmanlı tebaasından her elli bin erkek nüfus için bir temsilcinin seçilmesi ile oluşmuş ve seçimler dört yılda bir gizli oy ilkesine göre yapılmıştır. Heyet-i Âyan ise Padişah tarafından atanan kişilerden oluşmuştur.<sup>9</sup>

1876 Anayasası'na göre yürütme organı ikili bir yapıya sahip olmuştur ve Padişah ile Heyet-i Vükelâ'dan oluşmuştur. 1876 Anayasası'na göre yürütme organının bir kanadını teşkil eden Padişah pek çok yetkiye sahip olmuştur. Padişahın yetkileri arasında; Meclis-i Umumî'nin toplantıya çağırılması ve tatil edilmesi, Heyet-i Mebusan'ın feshedilmesi, kanun tekliflerine izin verilmesi ve kanunların veto edilmesi, Heyet-i Âyan üyelerinin ve Heyet-i Vükelâ üyelerinin atanması yer almıştır. Yürütme organın diğer kanadını teşkil eden Heyet-i Vükelâ ise başkanı olan Sadrazam'dan ve Şeyhülislam ile diğer vekillerden oluşmuştur. Heyet-i Vükelâ üyeleri Padişah tarafından atanmış ve görevden alınmıştır. Bu çerçevede, Heyet-i Vükelâ üyeleri Padişaha karşı sorumlu olmuştur.<sup>10</sup>

1876 Anayasası ile yargı yetkisi Padişaha değil bağımsız mahkemelere verilmiştir. 1876 Anayasası'nın yargı organı ile ilgili olarak mahkemeler başlığı altında getirdiği düzenlemeler 81. ve 91. maddeleri arasında yer almış ve mahkemelerin bağımsızlığını, yargılamanın aleniliğini, hakimlerin azlolunamayacağını, hak arama özgürlüğünü ve benzeri hususları kapsamıştır. 1876 Anayasası'nın yargı organı ile ilgili olarak getirdiği güvenceler olumlu ve günümüzde anayasaların yargı organı konusunda getirdiği güvencelere benzerdir.<sup>11</sup>

1876 Anayasası'nın yasama, yürütme ve yargı organı ile ilgili olarak getirdiği düzenlemeler, 1876 Anayasası ile Osmanlı İmparatorluğu'nun bir mutlak monarşi olmaktan çıktığını bununla birlikte, gerçek anlamda bir meşrutî monarşiye dönüşemediğini ortaya koymaktadır.<sup>12</sup> 1876 Anayasası'nın ilgili düzenlemeleri çerçevesinde Padişahın Meclis-i Umumî'nin toplantıya çağırılması ve tatil edilmesi, Heyet-i Mebusan'ın feshedilmesi, kanun tekliflerine izin verilmesi, kanunların veto edilmesi, Heyet-i Âyan üyelerinin atanması ve benzeri konularda sahip olduğu yetkiler, Padişahın yasama organı üzerinde çok fazla etkisi olduğunu ortaya koymaktadır. Heyet-i Vükelâ üyelerinin Padişah tarafından atanması ve Padişaha karşı sorumlu olması ve benzeri konularda Padişahın sahip olduğu yetkiler ise, Padişahın yürütme

Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 4, 2011, s. 253-288.

<sup>9</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 16-17. Özbudun, s. 24. Eroğul, s. 213. Tanör, s. 136-137. Yılmaz, s. 44-45. Eren, s. 171. Fendoğlu, s. 828-829.

<sup>10</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 18. Eroğul, s. 213-214. Tanör, s. 138. Yılmaz, s. 45. Eren, s. 172-173. Fendoğlu, s. 829-830. 1876 Anayasası'na göre yürütme organı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karakoç, İrem. "1876 Tarihli Kanun-ı Esasi'de Yürütme Organı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, 2006, s. 115-149.

<sup>11</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 18-19. Tanör, s. 144-145. Yılmaz, s. 45-47. Eren, s. 173-174. Fendoğlu, s. 822-823. 1876 Anayasası'na göre yargı organı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ülker, İbrahim. "Hukukun Genel İlkeleri Bağlamında Kanun-ı Esasi'deki Yargılamaya İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 2, 2013, s. 107-109. Özkul, Fatih. "Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 2016, s. 216. Ünal Özkorkut, Nevin. "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 1, 2008, s. 225-242.

<sup>12</sup> Tanör, s. 149.

organının diğer kanadı üzerinde çok fazla etkisi olduğunu ortaya koymaktadır. 1876 Anayasası'na göre Padişahın yasama organı ve yürütme organının diğer kanadı üzerinde sahip olduğu yetkiler, Padişahın yetkilerinin mutlak monarşilerden farklı olarak bir meclis ile sınırlandırılmış olmakla birlikte bir meşrutî monarşide olması gerekenden fazla olduğuna işaret etmektedir.<sup>13</sup>

### B. 1876 Anayasası'nın Uluslararası Andlaşmaların Yapılışı ile İlgili Düzenlemesi

Uluslararası andlaşmaları uluslararası hukukun yetki verdiği uluslararası hukuk kişileri arasında, uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak yeni haklar ve yükümlülükler doğuran veya mevcut haklar ve yükümlülükleri değiştiren ya da sona erdiren iradelerin uyuşması olarak tanımlayabilmek mümkündür.<sup>14</sup>

Uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamaları; uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi, uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması ve uluslararası andlaşmaların yürürlüğe girmesi şeklinde üçe ayrılarak incelenebilmektedir.<sup>15</sup>

Uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi aşamasında atılması gereken ilk adım, devletleri temsilen uluslararası andlaşmalar konusunda işlem yapmaya yetkili kişilerin saptanmasıdır. Devletleri temsilen uluslararası andlaşmalar konusunda işlem yapmaya yetkili kişiler iki gruba ayrılmaktadır, görevleri sebebiyle yetki belgesine ihtiyaç duymayan kişiler ve yetki belgesine ihtiyaç duyan kişiler. Devletleri temsilen uluslararası andlaşmalar konusunda işlem yapmaya yetkili olan ve yetki belgesine ihtiyaç duymayan kişiler; devlet başkanları,

<sup>13</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 19. Özbudun, s. 24-25. Tanör, s. 137-141. Eren, s. 172-173. Fendoğlu, s. 822. Monarşi, devlet başkanının göreve veraset usulüyle geldiği devlet şeklini ifade etmektedir. Monarşileri saltanat haklarının sınırlandırılmasına ve hükümdarın tahta geçiş biçimine göre çeşitli şekillerde sınıflandırmak mümkündür. Monarşiler saltanat haklarının sınırlandırılmasına göre mutlak monarşiler ve meşrutî monarşiler ayrımına tabi tutulmaktadır. Mutlak monarşilerde, hükümdarın saltanat hakları herhangi bir kanuni sınırlandırmaya tabi tutulmamaktadır ve hükümdarın saltanat haklarını paylaştığı bir parlamento bulunmamaktadır. Meşrutî monarşiler, sınırlı ya da anayasal monarşi olarak da adlandırılmaktadır. Meşrutî monarşilerde, hükümdarın saltanat hakları kanuni bir sınırlandırmaya tabi tutulmaktadır ve hükümdarın yanında saltanat haklarını paylaştığı bir parlamento bulunmamaktadır. Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 172-175.

<sup>14</sup> Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap*, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 123. Aksar, Yusuf. *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 108. Caşım, Mesut Hakkı. *Uluslararası Andlaşmalar Hukuku*, 1. Baskı, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 16. Meray, Seha L. *Devletler Hukukuna Giriş İkinci Cilt*, 4. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1975, s. 81. Çelik, Edip F. *Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 61. Çetinkaya, Anıl. *Uluslararası Antlaşmaların Yapılışı ve Geçersizliği*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018, s. 17. Uluslararası andlaşma tanımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pazarcı, Hüseyin. "Uluslararası Hukuk ve Türk Hukukuna Göre Andlaşma Kavramı", *Milletlerarası Hukuk Bülteni*, Yıl. 10, S. 1-2, 1990, s. 151-163. Uluslararası andlaşmalar hukuku ile ilgili uluslararası örf adet hukuku kuralları 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile kodifiye edilmiştir. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile aynı zamanda uluslararası andlaşmalar hukuku ile ilgili yeni kurallar getirilmiştir. Bu çalışmada uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uluslararası andlaşmalar hukuku kuralları 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nden hareketle incelenecektir. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi için bkz. *Vienna Convention on the Law of Treaties*, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf), (Erişim Tarihi: 04.02.2021). 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin Türkçe çevirisi için bkz. Gündüz, Aslan. *Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, Ed. Reşat Volkan Günel, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 57-75. Kuran, Selami / Aydın Okur, Derya / Sarıbeyoğlu, Meltem / Günel, Reşat Volkan. *Uluslararası Hukuk Temel Metinler*, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 83-115.

<sup>15</sup> Pazarcı, s. 134. Çetinkaya, s. 54. Çeşitli devletlerin anayasalarında yer alan düzenlemeler ile uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarında hangi organları yetkilendirdikleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, Kemal. "Uluslararası Andlaşmaları Akdetme ve Onaylama Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 2, 2001, s. 71-101.

hükümet başkanları ve dışişleri bakanları ile bir devletin başka bir devlet nezdinde görevlendirdiği diplomatik misyon başkanları ve bir devletin başka bir uluslararası örgüt, organ ya da uluslararası konferans nezdinde görevlendirdiği temsilcilerdir. Sayılan kişiler dışındaki herkes devletleri temsilen uluslararası andlaşmalar konusunda işlem yapmak için yetki belgesine ihtiyaç duymaktadır.<sup>16</sup>

Devletleri temsilen uluslararası andlaşmalar konusunda işlem yapmaya yetkili kişiler saptandıktan sonra sıra uluslararası andlaşmaların metinlerinin görüşülüp yazılmasına gelmektedir. Uluslararası andlaşmaların metinlerinin görüşülüp yazılması aşaması, uluslararası andlaşmaların iki taraflı ya da çok taraflı olmasına göre farklılık arz etmektedir. İki taraflı uluslararası andlaşmaların metinleri taraflarınca birlikte ya da ayrı ayrı yazılabilirken, çok taraflı uluslararası andlaşmaların metinlerinin yazımında bir uluslararası konferans toplanması ya da uluslararası örgütlerin çalışmalarından yararlanması yoluna gidilebilmektedir.<sup>17</sup>

Uluslararası andlaşmaların metinlerinin yazılmasından sonra bu metinlerin kabul edilmesi aşamasına geçilmektedir. Uluslararası andlaşmaların metinlerinin kabul edilmesi, uluslararası andlaşmaların hazırlanmasına katılan bütün devletlerin rızasıyla gerçekleşmektedir. Uluslararası andlaşmaların metinlerinin uluslararası konferanslarda kabul edilmesi söz konusu olduğunda, mevcut ve oy kullanan devletlerin 2/3'ünün oy çokluğu ile uluslararası andlaşmaların metinleri kabul edilmektedir. Aynı oy çokluğu ile, uluslararası andlaşmaların metinlerinin kabul edilmesi için farklı bir kuralın uygulanması kararlaştırılabilmektedir.<sup>18</sup>

Uluslararası andlaşmaların metinleri yazılıp kabul edildikten sonra bu metinlerin resmileştirilmesi aşamasına geçilmektedir. Uluslararası andlaşmaların metinleri ya bu metinlerde öngörülebilecek usulle ya da uluslararası andlaşmaların hazırlanmasına katılan devletlerin üzerinde mutabık kaldıkları bir usulle resmileştirilebilmektedir. Ancak, böyle bir usul söz konusu değilse uluslararası andlaşmaların metinleri imza, ad referendum imza ya da paraf ile resmileştirilebilmektedir.<sup>19</sup>

Uluslararası andlaşmaların metinleri resmileştirildikten sonra uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması aşamasına geçilmektedir. İmza, uluslararası andlaşma teşkil eden

<sup>16</sup> Pazarcı, s. 135-136. Aksar, s. 124. Caşın, s. 27. Meray, s. 96. Çelik, s. 68. Çetinkaya, s. 56-64. Shaw, Malcolm N. *International Law*, 8. Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, s. 689. Bilge, A. Suat. "Milletlerarası Hukuka Göre Milletlerarası Andlaşmaların Akdi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 22, S. 2, 1968, s. 5-9. Devletleri temsilen uluslararası andlaşmalar konusunda işlem yapmaya yetkili kişiler ile ilgili düzenleme 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m.7'de yer almaktadır.

<sup>17</sup> Pazarcı, s. 138. Caşın, s. 34-35. Meray, s. 96. Çelik, s. 67-68. Çetinkaya, s. 67-80.

<sup>18</sup> Pazarcı, s.141. Aksar, s.126-127. Caşın, s.45. Çelik, s.68-69. Shaw, s.689-690. Bilge, s. 10-11. Uluslararası andlaşmaların metinlerinin kabul edilmesi ile ilgili düzenleme 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m.9'da yer almaktadır.

<sup>19</sup> Pazarcı, s. 143-146. Aksar, s. 127. Caşın, s. 44-45. Çelik, s. 75. Çetinkaya, s. 80-87. Bilge, s. 11-12. Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 5. Edition, Oxford University Press, New York, 2002, s. 610. Uluslararası andlaşmaların metinlerinin resmileştirilmesi ile ilgili düzenleme 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m.10'da yer almaktadır.

belgelerin teatisi, onay, kabul, tasvip veya katılma ya da üzerinde mutabık kalınan diğer herhangi bir yolla uluslararası andlaşmalara bağlayıcılık kazandırabilmektedir.<sup>20</sup>

Uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması aşamasını uluslararası andlaşmaların yürürlüğe girmesi aşaması izlemektedir. Uluslararası andlaşmaların yürürlüğe girmesi, ulusal hukuk sistemleri düzeyinde ve uluslararası hukuk düzeyinde olmak üzere iki düzeyde gerçekleşmektedir. Uluslararası andlaşmalar, uluslararası hukuk düzeyinde kendilerinin öngördüğü veya görüşmecî devletlerin mutabık kalabilecekleri tarzda ve tarihte yürürlüğe girmektedir. Uluslararası andlaşmalarda bu yönde bir hüküm veya mutabakat bulunmadığı durumlarda uluslararası andlaşmalar bütün taraf devletler için uluslararası andlaşmalar ile bağlanma rızası tespit edildiği anda yürürlüğe girmektedir.<sup>21</sup> Uluslararası andlaşmaların ulusal hukuk sistemleri düzeyinde yürürlüğe girmesi için gerekli işlemler, ulusal hukuk sistemlerince belirlenmektedir. Uluslararası andlaşmaların ulusal hukuk sistemleri düzeyinde yürürlüğe girmesi için devletler, uluslararası andlaşmaların ulusal hukuk sistemlerine dahil edilmesini sağlayan birtakım işlemlere başvurabilmektedir.<sup>22</sup> Uluslararası andlaşmaların ulusal hukuk sistemleri düzeyinde yürürlüğe girmesi için gerekli işlemler, resmi duyuru ve yayın olarak ikiye ayrılabilir.<sup>23</sup>

Bu çalışma açısından 1876 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili düzenlemesi önem arz etmektedir. 1876 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili düzenlemesi 7. maddesinde yer almıştır. 1876 Anayasası'nın 7. maddesinde Padişahın yetkileri sayılmıştır ve Padişahın yetkileri arasında düveli ecnebiye ile muahedat akdi olduğu ifade edilmiştir. Bu düzenleme ile uluslararası andlaşma yapma yetkisi Padişaha verilmiştir. Başka bir ifade ile, uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamını teşkil eden uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi, uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması ve yürürlüğe girmesi bakımından Padişahın yetkili olduğu kabul edilmiştir ve Padişahın uluslararası andlaşma yapma konusundaki yetkilerine herhangi bir sınırlama getirilmemiştir.<sup>24</sup>

1876 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada, uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi işlemleri genellikle üst düzey devlet görevlilerince örneğin, Hariciye Nazırı ve Osmanlı büyükelçilerince gerçekleştirilmiştir. Uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması ve yürürlüğe girmesi işlemleri ise Padişah tarafından gerçekleştirilmiştir.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Pazarcı, s. 146-156. Aksar, s. 129. Caşın, s. 45. Çelik, s. 74. Çetinkaya, 87-108. Bilge, s. 12-20. Uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması ile ilgili düzenlemeler 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m.11 ve m.15 arasında yer almaktadır.

<sup>21</sup> Pazarcı, s. 157. Aksar, s. 139. Caşın, s. 52. Çelik, s. 90. Çetinkaya, s. 111-115. Shaw, s. 701. Bilge, s. 36-37. Brownlie, s. 616. Malanczuk, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7. Edition, Routledge, London and New York, 1997, s. 134-135. Uluslararası andlaşmaların uluslararası hukuk düzeyinde yürürlüğe girmesi ile düzenleme 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m.24'te yer almaktadır.

<sup>22</sup> Pazarcı, s. 161-164. Çetinkaya, s. 115-117.

<sup>23</sup> Pazarcı, s. 161-163. Caşın, s. 53.

<sup>24</sup> Pazarcı, s. 169. Caşın, s. 72. Meray, s. 105. Çelik, s. 95.

<sup>25</sup> Pazarcı, s. 169.



## II. 1909 Değişiklikleri ve Uluslararası Andlaşmaların Yapılışı ile İlgili Değişiklik

### A. 1909 Değişiklikleri ve Amaçları

Osmanlı İmparatorluğu'nun ilk anayasası olan 1876 Anayasası bir ferman ile kabul ve ilan edildikten iki yıl sonra 1878'de Meclis-i Umumî Padişah tarafından tatil edilmiştir. Meclis-i Umumî 1908'e kadar Padişah tarafından tekrar toplantıya çağırılmamıştır. Bu süreçte 1876 Anayasası ile ilan edilen birinci meşrutiyet sona ermiştir ve Abdülhamit'in istibdat rejimi geçerli olmuştur.<sup>26</sup>

Abdülhamit'in istibdat rejimine karşı mücadele eden İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin 1908'de Manastır'da hürriyet ilan etmesi üzerine Abdülhamit 1876 Anayasası'nı tekrar yürürlüğe koymuştur ve böylece ikinci meşrutiyet ilan edilmiştir.<sup>27</sup>

İkinci meşrutiyet döneminde İttihat ve Terakki Cemiyeti'ne yönelik muhalif hareketler sonucu 31 Mart Vak'ası şeklinde adlandırılan ayaklanma yaşanmıştır. Ayaklanma bastırıldıktan sonra Abdülhamit tahttan indirilmiştir. Abdülhamit'in tahttan indirilmesinin ardından Padişahın gücü azalmış ve bu gelişmeyi takip eden süreç sonucunda Padişah sembolik yetkilere sahip bir devlet başkanı haline gelmiştir.<sup>28</sup>

Bahsedilen süreçte, yaşanan değişiklikleri anayasaya yansıtmak, genel hatları itibariyle Padişahın yetkilerini kısıtlamak, Meclis-i Umumî'nin yetkilerini artırmak ve Osmanlı İmparatorluğu'nu gerçek bir meşruti monarşiye dönüştürmek için anayasa değişiklikleri yapılmıştır.<sup>29</sup>

1909 değişiklikleri önemli değişikliklerdir.<sup>30</sup> 1909 değişiklikleri, 1876 Anayasası'nda anayasa değişikliği için öngörülen usule uygun olarak yapılmıştır. 1909 değişiklikleri çerçevesinde 1876 Anayasası'nın 21 maddesi değiştirilmiş, 1 maddesi kaldırılmış ve 1876 Anayasası'na 3 madde eklenmiştir.<sup>31</sup>

1909 değişikliklerinin temel hak ve özgürlükler ile ilgili olanları arasında; kanun dışı tutuklamaların ve sansürün yasaklanması, haberleşme gizliliği esasının kabul edilmesi, toplanma ve dernek kurma haklarının tanınması ile Padişahın sürgün yetkisinin kaldırılması yer almıştır.

<sup>26</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 19. Özbudun, s. 24. Eroğul, s. 216. Tanör, s. 161. Yılmaz, s. 48. Eren, s. 175-176. Fendoğlu, s. 821.

<sup>27</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 19. Özbudun, s. 24. Eroğul, s. 218. Tanör, s. 176. Yılmaz, s. 49. Eren, s. 176.

<sup>28</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 20. Özbudun, s. 24-25. Eroğul, s. 218. Tanör, s. 187-191. Yılmaz, s. 49. Eren, s. 177. Fendoğlu, s. 832-833.

<sup>29</sup> Tanör, s. 192. Yılmaz, s. 50. Eren, s. 178. Fendoğlu, s. 833-834.

<sup>30</sup> 1876 Anayasası'nda 1909'da Yapılan Değişiklikler için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1876-k%C3%A2n%C3%BBn-i-es%C3%A2s%C3%AE/>, (Erişim Tarihi: 19.04.2021). 1876 Anayasası ve 1876 Anayasası'nda 1909'da yapılan değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fendoğlu, Hasan Tahsin. "1876 Anayasası veya Monarşik Modernleşme Dönemi (1876-1908)", <http://www.hasantahsinfendoglu.com/>, (Erişim Tarihi: 22.04.2021). 1876 Anayasası ve 1876 Anayasası'nda 1909'da yapılan değişiklikler ile bu değişikliklerin Osmanlı devlet anlayışına getirdiği yenilikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal Özkorkut, Nevin. "1876 Anayasası'nın Hukuk Devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, S. 1, 2004, s. 173-184.

<sup>31</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 20. Tanör, s. 192. Yılmaz, s. 50. Eren, s. 178. 1876 Anayasası'nın anayasa değişiklikleri ile ilgili düzenlemesi 116. maddesinde yer almıştır. Bu düzenlemeye göre, 1876 Anayasası'nın değiştirilmesi için değişiklik teklifinin Heyet-i Mebusan ve Heyet-i Âyan'da 2/3 oy çokluğu ile kabul edilmesi gerekmektedir.

1909 değişikliklerinin temel hak ve özgürlükler ile ilgili olanları ile 1876 Anayasası'nın temel hak ve özgürlükleri daha geniş kapsamlı bir içeriğe kavuşmuştur.<sup>32</sup> 1909 değişikliklerinin temel hak ve özgürlükler ile ilgili olanları özellikle Padişahın sürgün yetkisinin kaldırılmasına ilişkin değişiklik, bu değişiklikler ile Padişahın yetkilerinin kısıtlandığını ortaya koymaktadır.

1909 değişikliklerinin yasama organı olan Meclis-i Umumî ile ilgili olanları arasında; kanun teklif etmek için Padişah'tan izin alınması şartının kaldırılması, kanun tekliflerinin öncelikle Şura-ı Devlet'te görüşülmesi ve tasarılaştırılması usulüne son verilmesi ve Padişahın kanunlar konusunda sahip olduğu mutlak veto yetkisinin geciktirici veto yetkisine dönüştürülmesi, Meclis-i Umumî'nin toplanmasının Padişahın davetine bağlı olmaktan çıkarılması ve benzeri hususlar yer almıştır.<sup>33</sup> 1909 değişikliklerinin Meclis-i Umumî ile ilgili olanları, bu değişiklikler ile hem Padişahın yetkilerinin kısıtlandığını hem de Meclis-i Umumî'nin yetkilerinin artırıldığını ortaya koymaktadır. Çünkü, bahsedilen çerçevede Meclis-i Umumî Padişah'tan izin almaksızın kanun teklif edebilir, toplanabilir hale gelmiştir ve Padişahın kanunlar konusunda sahip olduğu mutlak veto yetkisi geciktirici veto yetkisine dönüşmüştür.

1909 değişikliklerinin yürütme organının bir kanadını teşkil eden Padişah ile ilgili olanları arasında; Padişahın sürgüne gönderme ve Heyet-i Mebusan'ı feshetme yetkisinin kaldırılması ile uluslararası andlaşma yapma yetkisi yine Padişaha ait olmakla birlikte birtakım uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için meclis tarafından onaylanması şartı aranmaya başlanması ve benzeri hususlar yer almıştır.<sup>34</sup> 1909 değişikliklerinin yürütme organının bir kanadını teşkil eden Padişah ile ilgili olanları, bu değişiklikler ile hem Padişahın yetkilerinin kısıtlandığını hem de Meclis-i Umumî'nin yetkilerinin artırıldığını ortaya koymaktadır. Çünkü, bahsedilen çerçevede Padişah sürgüne gönderme yetkisini kullanamayacak, Heyet-i Mebusan'ı feshedemeyecek ve birtakım uluslararası andlaşmaları tek başına, Meclis-i Umumî'nin onayı olmadan bağlayıcı hale getiremeyecek duruma gelmiştir.

1909 değişikliklerinin yürütme organının diğer kanadını teşkil eden Heyet-i Vükelâ ile ilgili olanları arasında; Heyet-i Vükelâ'nın kuruluşu bağlamında sadece sadrazamın ve

<sup>32</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 20. Eroğul, s. 220. Tanör, s. 196-197. Yılmaz, s. 52. Eren, s. 178. Fendoğlu, s. 833. Konan, s. 278. 1909 değişikliklerinin temel hak ve özgürlükler ile ilgili olanları hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Uslu, Ferhat / Özdemir, Ali. "1876 Kanun-i Esasi'de Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin 1909 Değişiklikleri ve Bu Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 12, 2016, s. 9-28. 1909'da kanun dışı tutuklamaların yasaklanması ile ilgili değişiklik 1876 Anayasası'nın 10. maddesinde, sansürün yasaklanması ile ilgili değişiklik 1876 Anayasası'nın 12. maddesinde, haberleşme gizliliği esasının kabul edilmesi ile ilgili değişiklik 1876 Anayasası'nın 119. maddesinde, toplanma ve dernek kurma hakkının tanınması ile ilgili değişiklik 1876 Anayasası'nın 120. maddesinde yapılmıştır. 1876 Anayasası'nın 1909'da kaldırılan ve Padişaha sürgün yetkisi veren düzenlemesi ise 113 maddesinde yer almıştır.

<sup>33</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 20. Özbudun, s. 25. Eroğul, s. 219-220. Tanör, s. 194-195. Yılmaz, s. 51-52. Eren, s. 178. Fendoğlu, s. 833. Karakoç, s. 138. 1909'da kanun teklif etmek için Padişah'tan izin alınması şartını kaldırarak değişiklik 1876 Anayasası'nın 53. maddesinde, Padişahın kanunlar konusunda sahip olduğu mutlak veto yetkisini geciktirici veto yetkisine dönüştüren değişiklik 1876 Anayasası'nın 54. maddesinde, Meclis-i Umumî'nin toplanmasını Padişahın davetine bağlı olmaktan çıkararak değişiklik ise 1876 Anayasası'nın 43. maddesinde yapılmıştır.

<sup>34</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 20-21. Eroğul, s. 219. Tanör, s. 194-195. Yılmaz, s. 51-52. Eren, s. 178-179. Fendoğlu, s. 833. Karakoç, s. 137. 1909'da Padişahın sürgüne gönderme yetkisini kaldırarak değişiklik 1876 Anayasası'nın 113. maddesinde, Padişahın Heyet-i Mebusan'ı feshetme yetkisini kaldırarak değişiklik ise 1876 Anayasası'nın 35. maddesinde yapılmıştır. Uluslararası andlaşma yapma yetkisi yine Padişaha ait olmakla birlikte birtakım uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için meclis tarafından onaylanması şartı aranmaya başlanmasına ilişkin değişiklik de 1876 Anayasası'nın 7. maddesinde yapılmıştır.

şeyhülislamın Padişah tarafından atanması ve diğer üyelerin sadrazam tarafından seçilmesi usulünün kabul edilmesi, Heyet-i Vükelâ'nın Padişaha karşı sorumlu olmaktan çıkarılması ve Meclis-i Mebusan'a karşı sorumlu hale getirilmesi, Meclis-i Mebusan'ın güvensizlik oyu ile Heyet-i Vükelâ'yı düşürebilecek yetkiye sahip kılınması ve benzeri hususlar yer almıştır. Bu değişiklikler ile Padişahın yürütme organı içerisinde sahip olduğu güç kısıtlanmıştır.<sup>35</sup> 1909 değişikliklerinin Heyet-i Vükelâ ile ilgili olanları, bu değişiklikler ile Padişahın yetkilerinin kısıtlandığını ve Meclis-i Umumî'nin yetkilerinin artırıldığını ortaya koymaktadır. Çünkü, bahsedilen çerçevede Padişah Heyet-i Vükelâ üyelerinin daha azını doğrudan atayabilecek ve Meclis-i Mebusan güvensizlik oyu ile Heyet-i Vükelâ'yı düşürebilecek hale gelmiştir.

1909 değişiklikleri ile Padişahın yetkileri sembolik yetkiler haline gelmiş, Osmanlı İmparatorluğu gerçek anlamda bir meşrutî monarşiye dönüşmüştür.<sup>36</sup> Bu durum, 1909 değişikliklerinin amaçlarının genel hatları itibariyle Padişahın yetkilerini kısıtlamak, Meclis-i Umumî'nin yetkilerini artırmak ve Osmanlı İmparatorluğu'nu gerçek anlamda bir meşrutî monarşiye dönüştürmek olduğunu ortaya koymaktadır.<sup>37</sup>

### **B. 1909'da Uluslararası Andlaşmaların Yapılışı ile İlgili Olarak Yapılan Değişiklik ve Bu Değişikliğin 1909 Değişikliklerinin Amaçlarına Uygunluğu**

1876 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili düzenlemesi 7. maddesinde yer almıştır. 1876 Anayasası'nın 7. maddesi Padişahın yetkilerini sayan maddesidir. 1876 Anayasası'nın 7. maddesinde Padişahın yetkileri arasında düveli ecnebiye ile muahedat akdinin yer aldığı ifade edilmiştir. Bu düzenleme ile uluslararası andlaşma yapma yetkisi Padişaha verilmiştir ve uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamını teşkil eden uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi, uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması ve yürürlüğe girmesi bakımından Padişahın yetkili olduğu kabul edilmiştir.<sup>38</sup>

1876 Anayasası'nda 1909'da önemli değişiklikler yapılmıştır. 1909 değişiklikleri ile genel hatları itibariyle Padişahın yetkilerini kısıtlamak, Meclis-i Umumî'nin yetkilerini artırmak ve Osmanlı İmparatorluğu'nu gerçek anlamda bir meşrutî monarşiye dönüştürmek amaçlanmıştır. Bu çerçevede, 1909 değişikliklerinden sonra Osmanlı İmparatorluğu gerçek anlamda bir meşrutî monarşiye dönüşmüştür.<sup>39</sup>

1909 değişikliklerinden biri uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgilidir. 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişiklik ile 1876 Anayasası'nın 7. maddesine, muahedat akdi hukuk-ı mukaddese-i padişahîdendir ancak, sulhe ve ticarete ve terk ve

<sup>35</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 21. Eroğul, s. 219. Tanör, s. 193. Yılmaz, s. 51-52. Eren, s. 178-179. Fendoğlu, s. 833. Karakoç, s.137. 1909'da Heyet-i Vükelâ'nın kuruluşu bağlamında sadece sadrazamın ve şeyhülislamın Padişah tarafından atanması ve diğer üyelerin sadrazam tarafından seçilmesine ilişkin değişiklik 1876 Anayasası'nın 29. maddesinde, Heyet-i Vükelâ'nın Padişaha karşı sorumlu olmaktan çıkarılması ve Meclis-i Mebusan'a karşı sorumlu hale getirilmesi ile ilgili değişiklik 1876 Anayasası'nın 30. maddesinde, Meclis-i Mebusan'ın güvensizlik oyu ile Heyet-i Vükelâ'yı düşürebilecek yetkiye sahip kılınması ile ilgili değişiklik ise 1876 Anayasası'nın 35. maddesinde yapılmıştır.

<sup>36</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 21. Özbudun, s. 25. Tanör, s. 193. Eren, s. 173. Fendoğlu, s. 834.

<sup>37</sup> Tanör, s. 192.

<sup>38</sup> Pazarıcı, s. 169. Caşın, s. 72. Meray, s. 105. Çelik, s. 95.

<sup>39</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 21. Tanör, s. 193.



ilhak-ı araziye ve tebaa-i Osmaniye'nin hukuk-ı asliye ve şahsiyesine taaluk eden ve devletçe masarifi mucip olan muahedatın akdinde Meclis-i Umûmî'nin tasdiki şarttır ifadesi eklenmiştir.<sup>40</sup>

1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişiklik sonrasında uluslararası andlaşma yapma yetkisi yine Padişaha ait olmuştur. Ancak, 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişiklik sonrasında uluslararası andlaşma yapma yetkisi yine Padişaha ait olmakla birlikte birtakım uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için Meclis-i Umumî tarafından onaylanması şartı aranmaya başlanmıştır.<sup>41</sup>

1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişiklik bağlamında bağlayıcılık kazanması için Padişah'tan önce Meclis-i Umumî tarafından onaylanması şartı aranmaya başlayan uluslararası andlaşmalar arasında; barış andlaşmaları, ticaret andlaşmaları, ülke kazanılmasına ya da terkine ilişkin andlaşmalar, Osmanlı uyruklarının temel ve kişisel haklarına ilişkin andlaşmalar ve devlete mali yük getiren andlaşmalar yer almıştır.<sup>42</sup>

1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişiklik ile uluslararası andlaşmaların yapılışı konusunda Meclis-i Umumî'ye önemli bir görev verilmiştir. Bu husus, Meclis-i Umumî'nin onayının sayılan uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için şart olduğu belirtilerek ortaya konmuştur. Ancak, burada Meclis-i Umumî'nin onayı ile kastedilen uluslararası andlaşmalara bağlayıcılık kazandıran bir onay işlemi değildir. Meclis-i Umumî'nin onayı ile kastedilen uluslararası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmadır. Bu çerçevede, sayılan uluslararası andlaşmalara bağlayıcılık kazandıran onay işlemi yine Padişah tarafından ancak, sayılan uluslararası andlaşmalar bakımından Meclis-i Umumî'nin onayından sonra yapılacaktır.<sup>43</sup>

1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişiklik sonrasında sayılan uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için Padişah'tan önce Meclis-i Umumî tarafından onaylanması şartı aranmaya başlanması, 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişikliğin 1909 değişikliklerinin amaçlarına uygun olduğunu ortaya koymaktadır. Çünkü, 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişiklik ile sayılan uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için Padişah'tan önce Meclis-i Umumî tarafından onaylanması şartı getirilerek Padişahın uluslararası andlaşma yapma konusundaki yetkileri kısıtlanmış, Meclis-i Umumî'nin yetkileri ise artırılmıştır.

1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişiklik ile Padişahın uluslararası andlaşma yapma konusundaki yetkilerinin kısıtlanmış, Meclis-i Umumî'nin yetkilerinin ise artırılmış olması ile özellikle kapitülasyonlar gibi Osmanlı İmparatorluğu'nu zor duruma düşüren konularda Padişahın Meclis-i Umumî'nin onayı olmaksızın uluslararası andlaşmalar yapmasını engellemek amaçlanmıştır.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> Pazarıcı, s. 169. Meray, s. 105. Çelik, s. 95. Tanör, s. 194. Kılıççı, Sedat. Milletlerarası Anlaşmaların Onaylanması, Başnur Matbaası, Ankara, 1968, s. 78.

<sup>41</sup> Pazarıcı, s. 169. Meray, s. 105. Çelik, s. 95. Tanör, s. 194. Kılıççı, s. 79.

<sup>42</sup> Pazarıcı, s. 169. Meray, s. 105. Çelik, s. 95. Tanör, s. 194. Kılıççı, s. 79.

<sup>43</sup> Çelik, s. 95.

<sup>44</sup> Tanör, s. 194.

1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişiklik sonrası uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi işlemleri Padişah adına çeşitli bakanlar ya da üst düzey devlet görevlilerince gerçekleştirilmiştir.<sup>45</sup> Uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması ve yürürlüğe girmesi işlemleri ise sayılan uluslararası andlaşmalar bakımından Padişah ve Meclis-i Umumî tarafından, diğer uluslararası andlaşmalar bakımından ise Padişah tarafından gerçekleştirilmiştir.

## SONUÇ

1876 Anayasası'nda 1909'da çeşitli önemli değişiklikler yapılmıştır. 1909 değişiklikleri ile genel hatları itibariyle Padişahın yetkilerini kısıtlamak, Meclis-i Umumî'nin yetkilerini artırmak amaçlanmıştır ve 1909 değişiklikleri sonrasında Osmanlı İmparatorluğu gerçek anlamda bir meşruti monarşiye dönüşmüştür.

1909 değişikliklerinden biri uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgilidir.1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişiklik sonrasında uluslararası andlaşma yapma yetkisi yine Padişaha ait olmuştur. Bununla birlikte, barış andlaşmaları, ticaret andlaşmaları, ülke kazanılmasına ya da terkine ilişkin andlaşmalar, Osmanlı uyruklarının temel ve kişisel haklarına ilişkin andlaşmalar ve devlete mali yük getiren andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için Meclis-i Umumî tarafından onaylanması şartı aranmaya başlanmıştır.

Sayılan uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için Meclis-i Umumî tarafından onaylanması şartı aranmaya başlanması, 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişikliğin 1909 değişikliklerinin amaçlarına uygun olduğunu ortaya koymaktadır. Çünkü, 1909'da uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak yapılan değişiklik ile Padişahın sayılan uluslararası andlaşmaları yapma konusundaki yetkileri kısıtlanmış ve sayılan uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için Meclis-i Umumî tarafından onaylanması şartı getirilerek Meclis-i Umumî'nin yetkileri artırılmıştır.

---

<sup>45</sup> Pazarcı, s. 170.

## KAYNAKÇA

- Aksar, Yusuf. *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Bilge, A. Suat. "Milletlerarası Hukuka Göre Milletlerarası Andlaşmaların Akdi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 22, S. 2, 1968, s. 97-149.
- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 5. Edition, Oxford University Press, New York, 2002.
- Çaşın, Mesut Hakkı. *Uluslararası Andlaşmalar Hukuku*, 1. Baskı, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2020.
- Çelik, Edip F. *Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- Çetinkaya, Anıl. *Uluslararası Antlaşmaların Yapılışı ve Geçersizliği*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Eroğul, Cem. *Anatüzeeye Giriş ("Anayasa Hukuku"na Giriş)*, 12. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Türk Anayasa Tarihi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. "1876 Anayasası veya Monarşik Modernleşme Dönemi (1876-1908)", <http://www.hasantahsinfendoglu.com/>, (Erişim Tarihi: 22.04.2021).
- Gözler, Kemal. "Uluslararası Andlaşmaları Akdetme ve Onaylama Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 2, 2001, s. 71-101.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı*, 10. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018.
- Gündüz, Aslan. *Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, Ed. Reşat Volkan Günel, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- Karakoç, İrem. "1876 Tarihli Kanun-ı Esasi'de Yürütme Organı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, 2006, s. 115-149.
- Kılıççı, Sedat. *Milletlerarası Anlaşmaların Onaylanması*, Başnur Matbaası, Ankara, 1968.
- Kili, Suna / Gözübüyük, A. Şeref. *Senedi İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri*, Yenilenmiş 3. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006.
- Konan, Belkıs. "İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 4, 2011, s. 253-288.
- Kuran, Selami / Aydın Okur, Derya / Sarıbeyoğlu, Meltem / Günel, Reşat Volkan. *Uluslararası Hukuk Temel Metinler*, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Malanczuk, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7. Edition, Routledge, London and New York, 1997.
- Meray, Seha L. *Devletler Hukukuna Giriş İkinci Cilt*, 4. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1975.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, 18. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Özkul, Fatih. "Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 2016, s. 201-263.

Pazarcı, Hüseyin. "Uluslararası Hukuk ve Türk Hukukuna Göre Andlaşma Kavramı", *Milletlerarası Hukuk Bülteni*, Yıl. 10, S. 1-2, 1990, s. 151-163.

Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap*, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

Shaw, Malcolm N. *International Law*, 8. Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

Tanör, Bülent. *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 30. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2017.

Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*, 22. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Uslu, Ferhat / Özdemir, Ali. "1876 Kanun-i Esasi'de Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin 1909 Değişiklikleri ve Bu Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 12, 2016, s. 9-28.

Ülker, İbrahim. "Hukukun Genel İlkeleri Bağlamında Kanun-ı Esasi'deki Yargılamaya İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 2, 2013, s. 101-124.

Ünal Özkorkut, Nevin. "1876 Anayasası'nın Hukuk Devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, S. 1, 2004, s. 173-184.

Ünal Özkorkut, Nevin. "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 1, 2008, s. 225-242.

Yılmaz, Faruk. *Türk Anayasa Tarihi*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2012.

## Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yapı Kayıt Belgesi Alınmasının Yüklenicinin Edimini İfasına Etkisi\*

Ayşe ARAT 

Doç., Dr., Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, [aysearat@akdeniz.edu.tr](mailto:aysearat@akdeniz.edu.tr), (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	Öz
<b>Makale Geçmişi</b> <b>Geliş: 15.05.2021</b> <b>Kabul: 12.06.2021</b> <b>Yayın: 11.08.2021</b>	<p>Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin edimini yerine getirmesi arsa sahibi ve üçüncü kişilerin satın aldıkları bağımsız bölümlere ilişkin tapu devrinin yapılmasında önemli bir unsurdur. Yüklenici açısından sözleşmenin tam ve gereği gibi yerine getirilmesi, edimin ifası ile sağlanır. Edimin ifa edilmemesi arsa sahibinin, inşaatın tamamlanma oranına göre sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshi yoluna gidebilmesine imkân verir. Edimin ifası, inşaatın tamamlanması kadar imara uygun yapılmasını da kapsar. 3194 sayılı İmar Kanunu'na göre kural olarak tüm yapılar için yapı ruhsatı alınması zorunludur (m. 21). 2018 yılında çıkarılan 7143 sayılı kanunla, 3194 sayılı İmar Kanunu'na geçici 16. madde eklenmiştir. Buna göre "Afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması ve imar barışının sağlanması amacıyla, 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapılar için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara 31/10/2018 tarihine kadar başvurulması, bu maddedeki şartların yerine getirilmesi ve 31/12/2018 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde Yapı Kayıt Belgesi verilebilir." şeklindedir. Bu hükümle bazı nitelikleri taşıyan binalar için yapı kayıt belgesi alınması ve böylece söz konusu yapının hukuka uygun hale gelebilmesi sağlanmıştır. Kanun koyucunun imar barışı çerçevesinde verilebileceğini düzenlediği bu belge açısından uygulamada şöyle bir mesele ortaya çıkmıştır: İnşaat için yapı kayıt belgesi alınması, inşaatın tamamlandığı ve yüklenicinin edimini hukuka uygun şekilde ifa ettiği anlamına gelir mi? Yargıtay kararları incelendiğinde 2018 yılında verilen kararlarda, bu belgenin yapıyı hukuka uygun hale getireceği ve yüklenicinin edim yükümlülüğünü yerine getirmesi konusunda göz önünde bulundurulacağı kabul edildiği görülmektedir. Oysa 2019 yılına gelindiğinde Yargıtay bu belgelerin geçici niteliğine vurgu yaparak, belgenin alınmasının yüklenici açısından ifa sonucunu doğurmayacağı yönünde kararlar vermiştir. Konunun açıklığa kavuşması, yapı kayıt belgesinin hukuki niteliğinin tartışılması ile sağlanabilecektir. Çalışmada, yapı kayıt belgesinin hukuki niteliği, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu belgenin alınmasının hukuki sonuçları, Yargıtay kararları çerçevesinde değerlendirilmiş ve ulaşılan sonuçlar ortaya konulmuştur.</p>
<b>Anahtar Kelimeler:</b> Yapı kayıt belgesi, Geçici 16. madde, Yüklenicinin edimi, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi	

### The Effect of Obtaining A Building Registration Certificate in The Construction Contract for Land Share on The Contractor's Performance

Article Info	Abstract
<b>Article History</b> <b>Received: 15.05.2021</b> <b>Accepted: 12.06.2021</b> <b>Published: 11.08.2021</b>	<p>In the construction contract in return for land share, the fulfillment of the contract by the contractor is an important element in the transfer of the title deeds for the independent sections purchased by the land owner and third parties. For the Contractor, the full and proper execution of the contract is provided by the performance of the act. In the non-performance of obligation the action allows the landowner to rescission of the contract or to terminate the contract depending on the completion rate of the construction. The execution of the act includes the completion of the construction as well as the construction in accordance with the development. According to the Zoning Law No. 3194, it is mandatory to obtain a building license for all buildings as a rule (art. 21). With the Law No. 7143 enacted in 2018, the temporary article 16 was added to the Zoning Law No. 3194. With this provision, it has been ensured that the building registration certificate is obtained for the buildings with certain qualities and thus the said building becomes legal. Does obtaining a building registration certificate for construction mean that the construction has been completed and the contractor has fulfilled its action in accordance with the law? When the decisions of the Cassation Court are examined, it is seen that in the decisions made in 2018, it is accepted that this document will make the structure legal and it will be taken into account in the fulfillment of the contractor's performance obligation. However, in 2019, the Cassation Court emphasized the temporary nature of these documents and made decisions that the receipt of the document would not result in execution for the contractor. In the study, the legal nature of the building registration certificate, the legal consequences of obtaining this document in construction contracts in return for land share were evaluated within the framework of the decisions of the Cassation Court and the results reached were presented.</p>
<b>Keywords:</b> Building registration Certificate, Temporary art. 16, Performance of contractor	

**Atıf/Citation:** Arat, A. (2021). "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yapı Kayıt Belgesi Alınmasının Yüklenicinin Edimini İfasına Etkisi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), s. 362-375.

**Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)"

\* Bu makale 10-12 Nisan 2021 tarihinde Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan özet bildirinin genişletilmiş halidir.



## I. GİRİŞ

Doğru ve güvenli yapılaşma, bina standartlarının belirlenmesi ve bu standartlara uyulduğunun denetlenmesi ile mümkündür. Tarım ve diğer yerleşim dışı alanların korunması da doğru yapılaşmanın önemli unsurlarındandır. Ülkemizde bu amaçları sağlamak amacıyla İmar Kanunu çıkarılmıştır. Nitekim 3194 sayılı bu kanunun amaç başlıklı ilk maddesinde “*yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla*” düzenlendiği; ikinci maddesinde ise “*Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak planlar ile inşa edilecek resmi ve özel bütün yapıların*” bu Kanun hükümlerine tabi olduğu ifade edilmiştir<sup>1</sup>. Ancak ülkemizde kanunlarla getirilen bu sınırlamalara aykırı yapılaşmalarla maalesef çokça karşılaşmakta, bunun önüne tam anlamıyla geçilememektedir. Bu yüzden sık sık imar affi olarak adlandırılan kanunlar çıkarılmaktadır. Böylece hukuka aykırı şekilde inşa edilen yapıların belli şartlar taşımak ve bazı şartları yerine getirmek kaydıyla hukuka uygun hale getirilmesi sağlanmaktadır. Genel olarak “*yürürlükte olan kurallara uyulmayarak belli bir tarih kesitine kadar gerçekleşmiş yapılaşmanın, durum ve konumu itibariyle yasada belirtilen koşullara uygun olanların bağışlanması ve korunması*”<sup>2</sup> şeklinde tanımlanabilecek imar affında kanun koyucu, fiili durumu hukuki duruma dönüştürmeye çalışmakta ve geçmişte kalan uyuşmazlıkların üzerinden zaman geçmesine rağmen sürdürülmesini istemeyerek, toplumsal yararın bu yönde olduğu düşüncesiyle hareket etmektedir<sup>3</sup>. Oysa toplumsal yarar hukuka aykırı yapının hukuka uygun sayılmasında değil, etkin bir denetimle hukuka aykırı yapılaşmaya izin verilmemesindedir. Bugüne kadar imar affına<sup>4</sup> yönelik pek çok düzenleme yapılmıştır<sup>5</sup>. Sonuncusu ise “imar barışı” olarak adlandırılan 7143 sayılı kanunla yapılan düzenlemedir. 7143 sayılı kanun, belirli şartlar altında hukuka aykırı şekilde inşa edilen yapılara, yapı kayıt belgesi verilmesini ve böylece bu tür yapıların kayıt altına alınmasını sağlamayı amaçlamaktadır. O halde öncelikle değerlendirilmesi gereken kavram, yapı kayıt belgesi ve bu belgenin hukuki niteliğidir.

## II. YAPI KAYIT BELGESİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

### 1. Yapı Kayıt Belgesi

7143 sayılı kanunla, 3194 sayılı İmar Kanunu’na eklenen geçici 16. maddede, yapı kayıt belgesinden söz edilmektedir. Yapı kayıt belgesi, bu kanunla hukukumuzda girmiş bir kavramdır ve ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınmasını amaçlamaktadır. Bu durumda belgenin alınabilmesi için ilk şart, yapının<sup>6</sup> ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı

<sup>1</sup> Paralel düzenlemeler, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ve 5393 sayılı Belediye Kanunu’nda da yer almaktadır.

<sup>2</sup> Tercan, s. 20.

<sup>3</sup> Tercan, s. 21.

<sup>4</sup> Günümüze kadar yapılan düzenlemelerde kanun metni içinde imar affi kavramı kullanılmamışsa da ortaya çıkan sonuçlar itibariyle durum, toplum nezdinde af olarak algılandığından, terminolojik olarak da yerleşmiştir. Tercan, s. 20; Çakır, s. 18. Bununla birlikte 7143 sayılı kanunla, 3194 sayılı İmar Kanunu’na geçici 16. madde ile eklenen düzenlemede, imar barışından söz edilmektedir.

<sup>5</sup> İmar affi kavramı ülkemizde özellikle 1980ler’de gecekondular şeklindeki yapılaşmayı düzenlemek için daha çok gündeme gelse de bu minvaldeki kanunların 1948’ten itibaren çıkarıldığı görülmektedir. Söz konusu kanunların kronolojik sırası ve getirdiği düzenlemelere ilişkin genel bilgi için bkz. Tercan, s. 21-26.

<sup>6</sup> Yapı kavramı İmar Kanunu’nda Yapı; “karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler”, Bina ise “kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya

yapılmış olmasıdır. Tamamlanmış yapılar için bunu tespit “nispeten kolay”<sup>7</sup> olduğu halde, henüz tamamlanmamış inşaat halindeki yapılar için nasıl bir değerlendirme yapılacağı geçici 16. maddede yer almamaktadır. Bununla birlikte Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul Ve Esaslar Tebliği’nde<sup>8</sup> inşaat halindeki yapılar için de yapı kayıt belgesi alınabileceği düzenlenmiştir. Bu husus özellikle inceleme konumuz olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edim borcu açısından önem taşımaktadır.

Yapı kayıt belgesi alınabilmesi için aranan şartlardan diğeri, yapının 31.12.2017 tarihinden önce ve kanunun kapsamına giren alanlara<sup>9</sup> yapılmış olmasıdır. Yapının bu tarihten önce yapıldığı konusunda, talepte bulunanın beyanı esas alınmaktadır<sup>10</sup>. Aynı şekilde geçici 16. maddede “Başvuruya konu yapının ve arsasının mülkiyet durumu, yapı sınıf ve grubu ve diğer hususlar Bakanlık tarafından hazırlanan Yapı Kayıt Sistemine yapı sahibinin beyanına göre” kaydedileceği belirtilmiştir. Bundan sonra ise “Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara 31/10/2018 tarihine kadar başvurulması” ve “31/12/2018<sup>11</sup> tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi” gerekmektedir (m. 16). Kayıt bedelinin nasıl belirleneceği geçici 16. madde ile ilgili tebliğde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir<sup>12</sup>. Bakanlıkça yapılan denetimlerde bedelin eksik yatırıldığına ortaya çıkması halinde bunun tamamlattırılması, fazla yatırıldığına anlaşılması durumunda da iade yapılacağı kabul edilmiştir Ancak eksik bedel tamamlanmazsa, yapı kayıt belgesi iptal edilmektedir (Tebliğ m. 10).

Başvuru yapı maliklerinden biri veya vekili tarafından yapılır<sup>13</sup>. Tek malik varsa onun tarafından, birden fazla malik varsa (paylı veya elbirliği) onlardan birinin başvurusu kanununa

dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır” şeklinde tanımlanmıştır (m. 5).

<sup>7</sup> Çakır, s. 22.

<sup>8</sup> Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul Ve Esaslar Tebliği (RG. 06.06.2018, S. 30443) m. 6/6 “İnşaat halindeki yapılarda 31/12/2017 tarihi itibari ile bitmiş olan kısımlar için ilave inşaat alanı ihdas etmemek şartı ile Yapı Kayıt Belgesi verilir ve Yapı Kayıt Belgesi verilen kısımların eksik inşaat işleri tamamlanabilir.” Bu tebliğde 20.9.2018 tarih ve 30541 sayılı resmi Gazetede ve 08.05.2020 tarih ve 31121 sayılı Resmi gazetede yayınlanan iki değişiklik yapılmıştır.

<sup>9</sup> Kanunun kapsamına girmeyen alanlar istisna tutulmuştur. Bunlar “Üçüncü kişilere ait özel mülkiyete konu taşınmazlarda bulunan yapılar ile Hazineye ait sosyal donatı için tahsisli araziler üzerinde bulunan yapılar” (m. 16); “18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununda tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesi içinde ekli kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alan ile İstanbul tarihi yarımada içinde ekli kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanlarda ve ayrıca 19/6/2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde belirlenmiş Tarihi Alanlardır”

<sup>10</sup> Yalan ve yanlış beyanda bulunulması halinde bunun hukuki ve cezai sonuçları Yönetmelik m.10’da düzenlenmiştir. Buna göre “(1) Yapı Kayıt Belgesi verilmesine ilişkin iş ve işlemler Bakanlık tarafından denetlenebilir. (2) Yapı Kayıt Belgesi düzenlenmesi safhasında e-Devlet sistemi üzerinden veya kurum ve kuruluşlara yapılan müracaatta yalan ve yanlış beyanda bulunanlar hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan” başlıklı 206. maddesi uyarınca suç duyurusunda bulunulur. (3) Yapı Kayıt Belgesi düzenlenmesi safhasında yalan ve yanlış beyanda bulunulan husus Yapı Kayıt Belgesi bedelinin eksik olarak hesaplanması neticesini doğurmuş ise, eksik alınan bedel ilgisinden alınır. Eksik alınan meblağın ilgisince ödenmemesi halinde verilmiş olan Yapı Kayıt Belgesi iptal edilir ve daha önce yatırılmış olan bedel iade edilmez.”

<sup>11</sup> Bu sürenin uzatılabilmesine ilişkin bakanlar kuruluna verilen yetki, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesi ile (bakanlar kurulu kaldırıldığı için) 257 sayılı cumhurbaşkanlığı kararıyla 31.12.2018 tarihine uzatılmıştır.

<sup>12</sup> Geçici 16. madde fıkra 2 ve ilgili tebliğin 5. Maddesi, yapı kayıt belgesi alınabilmesi için ödenecek bedeli hesaplamaya ilişkin hükümler getirmektedir.

<sup>13</sup> Yönetmelik m. 4/2 “Yapı Kayıt Belgesi için yapı maliklerinden herhangi birisi veya vekili tarafından, e-Devlet üzerinden Yapı Kayıt Sistemindeki Yapı Kayıt Belgesi formunun doldurulması suretiyle müracaatta bulunulabileceği gibi kurum ve kuruluşlara başvurulmak suretiyle de müracaatta bulunulabilir.”

göre yeterlidir<sup>14</sup>. Tebliğin ilk halinde yer alan her yapı için sadece bir yapı kullanım belgesi düzenlenebileceği yönündeki kural, usul ve esaslara ilişkin tebliğde 20/9/2018 tarih ve 3054 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan değişiklikle yürürlükten kaldırılmıştır.

## 2. Hukuki Niteliği

Yapı kayıt belgesi, İmar Kanunu geçici 16. madde uyarınca yapının kullanımına yönelik bir belgedir ve bu belge, alınmış yıkım kararlarını ve idari para cezalarını ortadan kaldırır (geçici m. 16). Bununla birlikte yapı kullanım belgesi, geçici bir belgedir. Zira belgenin yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulanmasına kadar geçerli olduğu, yapının yenilenmesi halinde yürürlükteki imar mevzuatının uygulama alanı bulacağı aynı maddenin 10. fıkrasında düzenlenmiştir. Ancak bir değerlendirme yapmak için öncelikle belge talep edebilecek kişiler bakımından durumu ayrı ayrı incelemek gerekir<sup>15</sup>. Geçici 16. maddeye göre mülkiyeti belediye veya hazineye ait olan yerlere yapı inşa edenler ve mülkiyeti kendine ait olan ancak ruhsatsız veya ruhsat eklerine aykırı yapı inşa edenler yapı kayıt belgesi alabilirler.

Mülkiyeti belediye veya hazineye ait yerlere yapı inşa edenlerin bu belgeyi alması onları malik yapar mı sorusu, belgenin hukuki niteliği ile ilgili bir problemdir. Daha önceki imar affi kanunlarıyla<sup>16</sup> getirilen tapu tahsis belgesi için Yargıtay’ın yaptığı değerlendirme, yapı kayıt belgesi için de yol gösterici olabilir<sup>17</sup>. Yargıtay’a göre tapu tahsis belgesi “*bir mülkiyet belgesi olmayıp yalnızca fiili kullanmayı belirleyen ve ilgisine kişisel hak sağlayan bir zilyetlik belgesidir. Tapu tahsis belgesinin varlığı, tahsis edilen yerin, tahsis yapılan kişi veya mirasçıları adına tescili için yeterli değildir. Tahsis kapsamındaki yerin hak sahibi adına tescil edilebilmesi için; (...) Kanunda yer alan diğer şartların da var olması gerekir*”<sup>18</sup> şeklindedir. O halde mülkiyeti hazineye veya belediyeye ait yerlere yapı inşa edenlere verilen yapı kayıt belgesi de “*tapuya dönüşünceye kadar, kişiler için hak sahipliğini ve fiili kullanmayı belirleyen bir zilyetlik belgesi*” olarak nitelendirilebilir<sup>19</sup>. Mülkiyeti kendine ait olan ancak ruhsatsız veya ruhsat eklerine aykırı yapı inşa edenlerin aldığı yapı kayıt belgesi ise yapının hukuka uygun şekilde kullanılmasını sağlayan bir belgedir. Bu açıdan yapı kayıt belgesinin doktrinde “*idarenin mülkiyetinde olan yerler üzerine inşa edilen yapılar için hak sahipliğini ve fiili kullanmayı belirleyen ve kişilerin mülkiyet hakkına sahip oldukları taşınmazları üzerinde var olan yapıdaki imar mevzuatına aykırılıkları hukuka uygun hale getiren sui generis bir belge*” şeklinde tanımlandığı görülmektedir<sup>20</sup>. Ancak Yargıtay’ın bu belgeyi “*yapının kullanılması ile ilgili maliklere bir yetki veren, yapının kullanımı ve zilyetliği hususunda idari statü sağlayan*” bir belge olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır<sup>21</sup>.

<sup>14</sup> Paylı mülkiyet, elbirliği mülkiyeti ve kat mülkiyetine tabi yapılarda yapı kayıt belgesi için ortaya çıkabilecek problemlerin değerlendirilmesi konusunda bkz. Çakır, s. 34-36.

<sup>15</sup> Çakır, s. 44.

<sup>16</sup> Tapu tahsis belgesi kavramı, 24/2/1984 tarihli ve 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanunu’nun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile düzenlenmişti. Bu kanun 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Kanunların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’un 23. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>17</sup> Çakır, s. 44.

<sup>18</sup> YHGK. 4.12.1996 tarih ve 1996/14-763-864 sayılı karar (Karar için bkz. Çakır, s. 44, dph. 88).

<sup>19</sup> Çakır, s. 45.

<sup>20</sup> Çakır, s. 46.

<sup>21</sup> HGK. 10.06.2020, 15-168/394 (Sinerji mevzuat ve İçtihat programı)

Yapı kayıt belgesinin alınmasının sonuçları ise imar barışı kanunu ve ilgili tebliğin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre yapı kayıt belgesi her şeyden önce yapının halihazır durumunu korurken, bu durumda değişiklik yapılmasını da yapı yeniden yapılan veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar engellemektedir. Usul ve esaslar hakkındaki tebliğ, tamamlanan yapılarda sadece ruhsat gerektirmeyen basit onarım ve tadilatların yapılabileceğini, inşaat halindeki yapılarda 31/12/2017 tarihi itibari ile bitmiş olan kısımlar için ilave inşaat alanı ihdas etmemek şartı ile yapı kayıt belgesi verilebileceğini ve yapı kayıt belgesi verilen kısımların eksik inşaat işlerinin tamamlanabileceğini, düzenlemektedir. Bu belge ile yapıya “*talep halinde ilgili mevzuatta tanımlanan ait olduğu abone grubu dikkate alınarak geçici olarak su, elektrik ve doğalgaz*” bağlanabilir (Geçici m. 16/3). Belirlenen bedelin iki katının ödenmesi kaydıyla yapı ruhsatı alıp da yapı kullanma izin belgesi almamış veya yapı ruhsatı bulunmayan yapılarda, “*Yapı Kayıt Belgesi ile maliklerin tamamının muvafakatinin bulunması ve imar planlarında umumi hizmet alanlarına denk gelen alanların terk edilmesi halinde yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesis edilebilir*” (Geçici m. 16/5) Aynı şekilde yapı kayıt belgesi verilen yapılarda, işyeri açma ve çalışma ruhsatı yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın verilir (Tebliğ m. 6/8).

### III. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

#### 1. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eser ve satış sözleşmesinden unsurlar taşıyan karma bir sözleşmedir<sup>22</sup>. Bu sözleşme ile ilgili doktrinde çeşitli tanımlar bulunmakla birlikte “*arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, yüklenicinin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında yükleniciye devretmeyi taahhüt ettiği*” sözleşme şeklinde tarif edilebilir<sup>23</sup>. Tam iki tarafa borç yükleyen bu sözleşmede arsa sahibi, arsa payının devri borcu altına girer ki bu eser sözleşmesindeki iş sahibinin ücret ödeme borcuna benzer. Burada ifa edilen para değil, sözleşmede kararlaştırılan arsa payıdır. Yüklenicinin edimi ise sözleşme ile kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etme ve buna bağlı olarak inşaatı tamamlama ve kat mülkiyetine çevirmeyi kapsar<sup>24</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin karma yapısı, sözleşmenin şekli konusu açısından da önemlidir. Zira sözleşmenin unsurlarından taşınmaz satışı hukukumuzda resmi şekle tabidir (TBK. m. 237). Eser sözleşmesi için kanunda bir şekil öngörülmemiş olmakla birlikte arsa sahibinin arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirme borcuna bağlı olarak bu sözleşme resmi şekilde yapılmalıdır<sup>25</sup>. 24.04.1978 tarihli ve 3/4 sayılı YİBK. ile “*noterce düzenlenen kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaadlerinin geçerli olduğuna, bu türlü satış vaadi sözleşmesinin tapu*

<sup>22</sup> Erman, s. 4; Yavuz/Acar/Özen, s. 579; Esener/Güven, s. 215; Kırca, s. 81; Kartal, s. 26; Nomer, s. 60; Gümüş, s. 113; Eren, s. 955, N. 3223. Aynı yönde “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir.*” Y. 23. HD. 26.04.2016, 3146/2658. Aynı yönde 14. HD. 04.07.2017, 11967/5639 (Lex Pera Mevzuat ve Bilgi sistemi)

<sup>23</sup> Erman, s. 1.

<sup>24</sup> Yavuz/Acar/Özen, s. 578; Erman, s. 3; Esener/Güven, s. 215; Kırca, s. 81; Kartal, s. 26; Nomer, s. 60; Gümüş, s. 113.

<sup>25</sup> Erman, s. 17; Kostakoğlu, s. 928; Yavuz/Acar/Özen, s. 584; Öz, s. 7; Reisoğlu, s. 10; Eren, s. 955, N. 3224; Arat, s. 74.

*memurunca düzenlenmesinin zorunlu olmadığına*” karar vermiştir. Böylece arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklinde noterlerce de düzenlenmektedir<sup>26</sup> (Noterlik K. m. 60). Şekle aykırılık sözleşmeyi geçersiz kılmakla birlikte, bunu ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği halleri gözden uzak tutmamak gerekir<sup>27</sup>.

Medeni Kanunumuz, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerh edilebileceğini düzenlemiştir (TMK. m. 1009). Böylece ayrı bir şerh anlaşmasına gerek kalmadan, taraflardan birinin sözleşmeye ilişkin senedi tapuya ibrazı ile sözleşmenin tapu siciline şerhi sağlanmaktadır (Tapu K. m. 26).

## 2. Sözleşmenin Hüküm ve Sonuçları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, arsa sahibi ve yüklenicidir. Arsa sahibinin borcu, arsa payını devretmek ve inşaatın yapılması için kendisine düşen yükümlülükleri (arsanın teslimi gibi) yerine getirmektir<sup>28</sup>. Arsa payının devri bazı sözleşmelerde kat irtifakı kurulan arsadan inşaat tamamlanınca bağımsız bölümlere özgülenecek bir kısım payların mülkiyetinin devri şeklinde, bazı sözleşmelerde baştan arsanın tamamı veya inşaatın ulaştığı aşamaya göre kademeli devir yapılmakta, bazı sözleşmelerde ise arsa paylarının satışı vaadedilmektedir<sup>29</sup>.

Yüklenicinin borcu, inşaatı tamamlamak ve teslim etmektir. İnşaatın tamamlanması ve teslim edilmesi ile birlikte yüklenici edimini yerine getirmiş olur. Ancak kendi edimini tam olarak yerine getiren yüklenici, sözleşmeye göre arsa sahibinin yerine getirmesi gereken devir borcunu talep edebilir. Bu husus üçüncü kişilere yapılan satışlar bakımından önem taşımaktadır. Zira yüklenici inşa edeceği yapıdaki bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satarak sermaye elde etmektedir. Bu satıştan doğan bağımsız bölümün mülkiyetini tapuda devretme yükümlülüğünü ise ancak arsa sahibi kendisine devir yaptığı takdirde gerçekleştirebilmektedir.

Edimin yüklenici tarafından yerine getirilmesi, yapının imar mevzuatına uygun yapılmasını gerektirir. Ruhsat alınmaması, ruhsata aykırı imalat yapılması, yapı kullanım belgesi alınmaması kısacası hukuka aykırı bir şekilde inşaatın yapılması, inşaat tamamlansa bile edimin ifa edildiği anlamına gelmez. Bu sebeple arsa sahibinin edimini yerine getiremeyen yükleniciye karşı duruma göre sözleşmeden dönme veya fesih imkânı doğar. O halde yüklenicinin hukuka aykırı bir inşaat için arsa sahibinin yapı kayıt belgesi almasını talep etmesi veya arsa sahibinin aldığı bu belgenin yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirdiği şeklinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunun incelenmesi gerekir.

## IV. YAPI KAYIT BELGESİ ALINMASININ YÜKLENİCİNİN EDİMİNİ İFASINA ETKİSİ

İmar mevzuatına aykırı inşa edilen veya inşaatı devam eden bir yapı için yapı kayıt belgesi alınabilir. Bir başka deyişle imar mevzuatına aykırı inşa edilen yapılar için yapı kayıt belgesi alınabileceği gibi inşaatı devam eden yapılar için de yapı kayıt belgesi alınabilir. Bu belgenin alınmasının yapının hukuki durumuna ve yüklenicinin edim yükümlülüğüne etkisinin ne olacağı

<sup>26</sup> Öz, s. 6, 7.

<sup>27</sup> 30.09.1988 tarih ve 2/2 YİBK.

<sup>28</sup> Erman, s. 2; Yavuz/Acar/Özen, s. 577; Gümüş, s. 113; Arat, s. 80.

<sup>29</sup> Geniş bilgi için bkz. Erman, s. 12 vd.; Yavuz/Acar/Özen, s. 581 vd.; Gümüş, s. 114 vd.; Arat, s. 77 vd.



pek çok Yargıtay kararına konu olmuştur. Bu kararlar kendi içinde iki grupta toplanabilir. Özellikle kanunun yürürlüğe girdiği dönemde (2018 yılı) verilen ilk kararlarda yapı kayıt belgesinin alınmasıyla binanın hukuka uygun hale geleceği üzerinde durulurken, sonraki kararlarda belgenin sadece binanın kullanılmasına yönelik bir statü sağladığı, yapıyı imar mevzuatına uygun hale getirmeyeceği ve geçici nitelikte olduğunun vurgulandığı görülmektedir.

### 1. Yargıtay'ın 2018 Yılında Verdiği Kararlar

İmar barışı ile ilgili kanunun yürürlüğe girdiği 2018 yılındaki ilk kararlarında Yargıtay, bir inşaatın imar mevzuatına uygun yapılması gerektiğini<sup>30</sup> ancak 7143 sayılı kanunla 3194 sayılı imar kanununa eklenen geçici 16. madde çerçevesinde alınacak yapı kayıt belgesinin geçici de olsa yapıyı yasal hale getireceğini hemen aynı gerekçe ile kabul etmektedir<sup>31</sup>. Bu kararlarda şu gerekçe ortaya konulmaktadır<sup>32</sup>: “... 18.05.2018 tarihinde yürürlüğe giren 7143 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle 3194 sayılı İmar Kanunu'na eklenen geçici 16. madde ile yapılmış yeni bir düzenleme bulunmaktadır. Maddede; afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması ve imar barışının sağlanması amacıyla, 31.12.2017 tarihinden önce yapılmış yapılar için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara 31.10.2018 tarihine kadar başvurulması, bu maddedeki şartların yerine getirilmesi ve 31.12.2018 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde Yapı Kayıt Belgesi verilebileceği, başvuruya konu yapının ve arsasının mülkiyet durumu, yapı sınıf ve grubu ve diğer hususlar Bakanlık tarafından hazırlanan Yapı Kayıt Sistemine yapı sahibinin beyanına göre kaydedileceği (Geçici 16/1); Yapı Kayıt Belgesinin yapının kullanım amacına yönelik olduğu, Yapı Kayıt Belgesi alan yapılara, talep halinde ilgili mevzuatta tanımlanan ait olduğu abone grubu dikkate alınarak geçici olarak su, elektrik ve doğalgaz bağlanabileceği (Geçici 16/3); Yapı Kayıt Belgesi verilen yapılarla ilgili bu Kanun uyarınca alınmış yıkım kararları ile tahsil edilemeyen idari para cezalarının iptal edileceği (Geçici 16/4); Yapı Kayıt Belgesinin, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerli olduğu, Yapı Kayıt Belgesi düzenlenen yapıların yenilenmesi durumunda yürürlükte olan imar mevzuatı hükümlerinin uygulanacağı, yapının depreme dayanıklılığı hususunun malikin sorumluluğunda olduğu (Geçici 16/10); bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Bakanlık ve Maliye Bakanlığı tarafından müştereken belirleneceği (Geçici 16/12) düzenlenmiş ve maddenin diğer fıkralarında da uygulama esasları ve istisnaları belirtilmiş ayrıca bu tür yapılarda cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesis edilebilmesi imkânı getirilmiştir, 3194 sayılı Kanun'a eklenen geçici 16. madde, 31.12.2017 tarihinden önce yapılmış imara aykırı ve kaçak yapılar için uygulanacağından içeriği itibarıyla geriye etkili olarak

<sup>30</sup> “...3194 sayılı İmar Yasası'nın 21. maddesi hükmü uyarınca, bazı istisnalar dışında, bütün yapılar için belediye veya valiliklerden yapı ruhsatı alınması zorunludur. Ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak inşa edilen yapılarda ruhsata aykırılık giderilemiyorsa, 3194 sayılı Yasa'nın 32. maddesi hükmü gereğince, ilgili belediye veya valilikçe inşaat derhal durdurulur ve yasal hale getirilmesi olanaksız ise veya ruhsat veya eklerine ya da imar mevzuatına aykırılık öncelikle yüklenici tarafından giderilemiyorsa bu hali ile yapılan yapının yıktırılmasına karar verilir ve anılan Yasa'nın 42. maddesi hükmü gereğince de yapı sahibine ve yükleniciye ceza yaptırımı uygulanır...” Y. 15. HD. 29.05.2018 tarih 740/2228 (Sinerji mevzuat ve içtihat programı).

<sup>31</sup> Aynı yönde 15. HD. 22.05.2018 tarih ve 784/2081 sayılı karar; 15. HD. 25.06.2018 tarih ve 821/2653 sayılı karar; 15. HD. 23.05.2018 tarih ve 892/2126 sayılı karar; 15. HD. 18.06.2018 tarih ve 1753/2525 sayılı karar; 15. HD. 24.05.2018 tarih ve 1813/2156 sayılı karar; 15. HD. 20.12.2018 ve 2782/5174 sayılı karar; 15. HD. 20.12.2018 tarih ve 2782/5174 sayılı karar. (Kararlar için bkz. Sinerji mevzuat ve İçtihat programı).

<sup>32</sup> 15. HD. 09.07.2018 tarih ve 694/2946 sayılı karar (Sinerji mevzuat ve İçtihat programı)

uygulanması öngörülmuş bir düzenlemedir. Usuli kazanılmış hakkın istisnası olan geriye etkili bir kanuni düzenleme olması nedeniyle anılan hükmün mahkemelerce eldeki davalar için de uygulanması gerektiği gibi, yeni düzenlemenin temyiz aşamasında Yargıtay'ca da gözetilmesi gerekir. Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen kurullarla birlikte somut olay değerlendirildiğinde bozma kararı gereğince yapının imara aykırı ya da kaçak olup olmadığı, imara aykırılık var ise giderilip giderilemeyeceği, bu konuda süre ve yetki verilmesi gerekip gerekmediği konusunda araştırma ve inceleme yapılması, ayrıca imara aykırı ve kaçak yapılar için Yapı Kayıt Belgesi alınarak yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerli olmak üzere geçici de olsa yasal hale getirilmesi imkânı getirildiğinden maddedeki süre içinde başvurulup gerekli işlemler tamamlanarak Yapı Kayıt Belgesi alınmak suretiyle yapının yasal hale getirilip getirilmediği saptanmak, suretiyle uyumsuzluğun mahkemece yeniden değerlendirilmesi gerekir". Görüldüğü gibi bu kararlarda yapı kayıt belgesinin yapıyı hukuka uygun hale getireceği üzerinde durulmuş ancak geçicilik özelliğinden bahsedilmekle birlikte buna vurgu yapılmamıştır.

## 2. Yargıtay'ın 2019 ve Sonrasında Verdiği Kararlar

2019 ve sonrası kararlara gelindiğinde belgenin geçicilik özelliğinin öne çıkarıldığı ve yapı kayıt belgesi alınsa bile bunun yüklenicinin ediminin tam ve gereği gibi ifa edildiği şeklinde değerlendirilemeyeceği düşüncesinin hâkim olduğu görülmektedir. Bunun yanında özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından ortaya çıkan farklı ihtimaller de kararlarda değerlendirilmiştir. Yapı kayıt belgesinin yüklenicinin ifa borcuna etkisi konusu asıl mesele olmakla birlikte, bu belgenin hukuki niteliği, yüklenicinin bu belgeyi talep edip edemeyeceği, arsa sahibini buna zorlayıp zorlayamayacağı, yükleniciden tapuda pay devralan üçüncü kişilerin durumunun ne olacağı soruları da kararlarda tartışılmıştır. Ancak tüm bu soruların cevabı aslında yine yapı kayıt belgesinin ifaya etkisinin belirlenmesine bağlıdır.

Belgenin hukuki niteliği konusunda Yargıtay'ın değerlendirmesi diğer imar affi kanunlarında benimsenen yaklaşımdan farklı değildir. Yapı kayıt belgesinin, bir mülkiyet belgesi olmadığı, fiili kullanmayı koruyan bir zilyetlik belgesi olduğu, yapının kullanılmasıyla ilgili bir yetki vererek idari bir statü sağlandığı, bu geçici statünün yapıyı imara uygun hale getirmemekle birlikte, binanın kullanımı imkânı verdiği, geçici 16. madde ve hükmün gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde bu sonuca kolaylıkla varılacağı belirtilmektedir<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> "...7143 sayılı Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile 3194 sayılı İmar Kanunu'na geçici 16. madde eklenmiş ve maddenin ilk fıkrası, afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması ve imar barısının sağlanması amacıyla 31.12.2017 tarihinden önce yapılmış yapılar için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara 31.10.2018 tarihine kadar başvurulması, bu maddedeki şartların yerine getirilmesi ve 31.12.2018 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde yapı kayıt belgesi verilebilir hükmünü içermektedir. 3194 sayılı Kanunu'nun 5.maddesinde, yapı;" karada ve suda, sürekli ya da geçici, resmi ve özel, yerüstü veya yeraltı, inşaatı ile bunların eklerine, değişikliklerine, onarımlarına, sabit ve hareketli tesislerine verilen ad" olarak tanımlanmış, yapı kayıt belgesi ifadesi ise hukukumuzda ilk olarak İmar Kanunu'na eklenen geçici 16. madde düzenlemesi ile girmiştir. 1948 yılından bu yana kaçak yapı olarak tabir edilen imara aykırı yapılaşma hususunda birçok kanun çıkmış ve çıkan bu kanunlarda, imar alanında ve imar kanununda birtakım değişiklik ve düzenleme içererek, bu yapıların kullanımına ilişkin yasal bir statü getirdiğinden, imar affi olarak anılmıştır. Genel olarak imar affi; yürürlükte bulunan imar hukukuna ilişkin yasalara uyulmayarak yapılan yapıların mevcut durum ve konumlarıyla mevcut imar mevzuatına uyulması beklenmeksizin, koşullara uygun olanların mevcut haliyle korunması

Yapı kayıt belgesinin kim tarafından alınabileceği konusu da kararlarda değerlendirilmiştir. Geçici 16. maddeye göre yapı kayıt belgesi, malik tarafından talep edilebilecektir. Bu emredici bir hüküm değildir ve malikin mutlaka yapı kayıt belgesi almak zorunluluğu da bulunmamaktadır<sup>34</sup>. Kararlarda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılaş türlerinden biri olan sözleşmenin kurulmasıyla birlikte edim ifa edilmeden, arsa payının yükleniciye devredildiği durumlarda, yüklenici bu payların maliki olarak yapı kayıt belgesi alabilir mi sorusuna olumsuz cevap verilmiş, Yargıtay'ın yerleşik uygulamasının bu durumu avans olarak nitelendirdiği, yüklenicinin karşı edimini ifa ettiği takdirde şahsi hak elde edeceği ve bunu üçüncü kişilere devredebileceği, yüklenici yapı kayıt belgesi olsa bile bu onun edimini ifa ettiği anlamına

ve bu şekilde bir statü sağlanmasıdır (Çakır, Hüseyin Melih, Yapı Kayıt belgesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 5, sayı 2, 2018, s.15-92). 3194 sayılı kanuna eklenen geçici 16. maddenin de, daha önce çıkarılan imar affi niteliğindeki yasalar gibi kaçak binalara hukuki bir koruma sağlayıp sağlamadığı, yasada yer almamakla birlikte literatürde kabul gördüğü gibi "bir imar affi" olarak kabulünün mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Daha önce çıkarılan ve imar affi olarak tabir edilen yasal değişikliklerle getirilen statünün bir mülkiyet belgesi olarak kabulü mümkün değildir. Daha önce gecekondü affi olarak da değerlendirilen yerlere ilişkin verilen tapu tahsis belgesi bir mülkiyet belgesi olarak değil, ilgili taşınmaz üzerindeki fiili kullanmayı koruyan bir zilyetlik belgesi olarak kabul görmüştür (Hukuk Genel Kurulu'nun 04.12.1996 tarih ve 1996/14-763-863 sayılı kararlarında belirtildiği üzere). 3194 sayılı Yasaya eklenen geçici 16. maddenin gerekçesi de "afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız, ruhsat ve eklerine aykırı veya imar mevzuatına aykırı yapıların kayıt altına alınması ile dönüşüm projelerine finans sağlanarak, dönüşümün daha hızlı ve etkin yapılması amacıyla 31.12.2007 tarihinden önce yapılmış yapıların, yapı sahiplerinin müracaatları üzerine ve beyanına göre hazırlanacak yapı kayıt sistemine islenmesi, bu yapılara su, elektrik ve doğalgaz bağlanabilmesi için yargı ve belediyelerdeki is yükünün azaltılabilmesi için alınmış yıkım kararlarından ve tahsil edilmeyen para cezalarından vazgeçilmesi, maliklerin yarısının mutabakatının bulunması halinde yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesis edilebilmesi" olarak belirtilmiştir. Madde, bir bütün olarak gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde, imara aykırı yapılarla ilgili bu belgenin başvuru sonucu verilmesiyle, yukarıda mülkiyet hakkının kişiye sağladığı haklardan niteliği ile ilgili kullanma hakkı konusunda, yapının kullanılması ile ilgili maliklere bir yetki verildiği, yapının kullanımı ve zilyetliği hususunda idari bir statü sağlandığı anlaşılmaktadır. Yapı kayıt belgesi verilmekle sağlanan bu statü, imar mevzuatına aykırı olması nedeniyle korunmayan ve aslında yıkılması gereken bir yapının kullanılması konusunda, yapı malikine idare tarafından bir koruma sağlamaktadır. İmara aykırı yapıyı imara uygun yasal bir statü getirmemekle birlikte, yapı sahibine binanın kullanımı konusunda olanak sağlamaktadır. Zira geçici 16. maddenin 3. fıkrasında da, yapı kayıt belgesinin yapının kullanım amacına yönelik olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu hususlar dikkate alındığında, düzenlemenin, mülkiyet hakkına sınırlama getirmekten öte, imara aykırı olup yıkılması gereken yapıların kullanılmasına müsaade ederek, genişlettiğini söylemek ileri bir yorum olmayacaktır. Bir anlamda idare, imara aykırı yapının kayıt altına alınması şartıyla, mer'i mevzuata göre yıkılması, kullanımını sağlayan aboneliklerin tesis edilmemesi, kaçak yapının yıkılması hususlarında kendisini sınırlamakta ve yapı malikine bu kurallara uyulmaksızın yapının kullanılmasına olanak sağlamaktadır. Yine geçici 16. maddenin 10. fıkrasında yapı kayıt belgesinin, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerli olduğu, yapı kayıt belgesi düzenlenen yapıların yenilenmesi durumunda yürürlükte olan imar mevzuatı hükümleri uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Bu hüküm özellikle yapı kayıt belgesinin, yapının kullanılmasına ilişkin geçici bir statü sağladığı, yapının bu statü ile imara aykırı olmasına karşın idare tarafından kullanılmasına izin verildiği, ancak yenilenmesi durumunda yürürlükte olan imar mevzuatı hükümlerinin uygulanmasını öngörmekle imar affi olarak değerlendirilemeyeceğini açıkça ortaya koymaktadır..." 15. HD. 23.05.2019 tarih ve 5361/2479 sayılı karar; aynı yönde Y. 15. HD. 21.09.2020 tarih ve 3962/2494 sayılı karar; YHGK. 10.06.2020 tarih ve 15-168/394 sayılı karar (Sinerji mevzuat ve İçtihat programı).

<sup>34</sup> "...yapı kayıt belgesi için kimin başvuru yapabileceği sözleşmeyle kararlaştırılan edimlerin ifasına etkisini değerlendirmek gerekir. Geçici 16. maddenin ilk fıkrasında belirtilen şartların taşınması halinde yapı kayıt belgesi verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Burada taşınmaz malikine getirilmiş bir hak bulunmakta olup, bu hakkın kullanılmasına konusunda emredici bir ifade bulunmamaktadır. Bu durum dikkate alındığında, hiçbir kimse kendi rızası dışında, yapı kayıt belgesi almak için başvuru yapmaya zorlanamayacaktır. Karşılıklı edimler içeren bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de, yüklenici imara aykırı olarak yapmış olduğu binaya yapı kayıt belgesi alması hususunda arsa sahibini zorlayamayacaktır..." Y. 15. HD. 23.05.2019 tarih ve 5361/2479 sayılı karar; aynı yönde YHGK. 10.06.2020 tarih ve 15-168/394 sayılı karar (Sinerji mevzuat ve İçtihat programı).

gelmeyeceğinden, aynı hakkı da kazanmış sayılmayacağından böyle bir talepte bulunamayacağı sonucuna varılmıştır<sup>35</sup>.

Yükleniciden tapuda pay devralan üçüncü kişilerin durumuna yapı kayıt belgesi alınmasının etkisine gelince, bilindiği gibi Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre bu kişilerin arsa sahibinden tapuda kendisine pay devri yapılmasını isteyebilmesi, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmesine bağlıdır. Yükleniciden pay devralan üçüncü kişi, yüklenicinin arsa sahibinde olan ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını devralmakta, böylece aralarında bir temlik (alacağın devri) ilişkisi doğmaktadır. Yargıtay'a göre yüklenici edimini gereği gibi ifa etmemekle birlikte yapı kayıt belgesi ile inşaatın hukuka uygun hale gelmesi, onun edimini ifa ettiği anlamına gelmeyeceğinden temlik alan üçüncü kişinin arsa sahibinden mülkiyetin devrini istemesi de söz konusu olmamaktadır. Zira yüklenici arsa sahibinden karşı edimi elde edememiştir ve elde edemediği hakkı başkasına devredemez, üçüncü kişi de arsa sahibini buna zorlayamaz<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> “...kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, bazı durumlarda sözleşmenin kurulmasıyla, henüz yüklenici tarafından edimin ifasına başlanmadan taşınmazda hisse devri yapılabilmektedir. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı Sayfa 4 /6 Yüklenici tarafından edimin ifasına başlanmadan veya edim ifa edilmeden taşınmazda hisse devri yapılması veya taşınmazın tüm olarak devredilmesinde, yüklenicinin malik olma durumunu öne sürerek yapı kayıt belgesi alması ve buna göre ifa yükümlülüğünü yerine getirdiğini ileri sürmesi ayrı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04.11.2015 tarih ve 2014/6-324 esas, 2015/2787 karar sayılı ilamında, “Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereğince, arsa sahibi tarafından yükleniciye ya da onun istemiyle üçüncü kişi veya kişilere yapılan taşınmaz ya da taşınmaz payı temlik, inşaatın yapımı için finans sağlanması amacıyla verilen "avans" niteliğinde olup; yüklenici yüklediği karşı edimini ifa ettiği oranda "şahsi hak" elde edebilir ve ancak kazandığı şahsi hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Yüklenici, tüm edimlerini ifa ettiği takdirde ve sözleşmenin de ifa ile sonuçlanması durumunda şahsi hakkı, aynı hakka dönüşür. Nitekim arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi nedeniyle yükleniciden pay iktisap eden üçüncü kişiler, Türk Medeni Kanunu'nun 1024. maddesi ve aynı Kanun'un 1023. maddesi hükmünden yararlanamazlar. İnşaatın

hukuki anlamda teslimine kadar arsa sahibi avans olarak verdiği payları geri alma hakkına sahiptir. Hukuki teslim ise, yapılan inşaatın mevzuata uygun olarak bitirilmesi (iskân izninin alınması) halinde gerçekleşmiş sayılır” ifadesi ile açıkça edimin tamamen ifa edilmesi ile aynı hakka sahip olacağını kabul etmiştir. Dairemizin istikrarlı olarak kabulü ve uygulaması da bu yöndedir. Bu haliyle yüklenicinin, kendisine devredilen hisseye dayanarak yapı kayıt belgesi alması ve buna dayanarak sözleşmeyle kararlaştırılan edimi ifadan kaçınması veya yapı kayıt belgesinin alınması ile sağlanan statüden yararlanarak ediminin ifa durumunun değerlendirilmesini talep etmesi kabul edilemez. Geçici 16. maddenin 9. bendinde de, üçüncü kişilere ait özel mülkiyete konu taşınmazlarda bu madde hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereğince hisse devrinde de hukuki teslim ve aynı hak devri gerçekleşmediğinden, üçüncü kişi olarak değerlendirilebilecek olan yüklenicinin başvurusuna değer verilmesi ve sözleşmeyle kararlaştırılan edimlerin ifası nezdinde değerlendirmeye alınması mümkün olmayacaktır...” Y. 15. HD. 23.05.2019 tarih ve 5361/2479 sayılı karar (Sinerji mevzuat ve İçtihat programı).

<sup>36</sup> “...Davacının arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü yükleniciden temlik alması halinde arsa sahibini ifaya zorlayabilmesi için bazı koşulların varlığı gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 188. maddesi gereğince; “Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir.” Buna göre temlik öğrenen arsa sahibi, temlik olmasaydı önceki alacaklıya (yükleniciye) karşı ne tür defiler ileri sürebilecekse, aynı defileri yeni alacaklıya (temlik alan davacıya) karşı da ileri sürebilir. Temlikin konusu, yüklenicinin arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca hak kazandığı gerçek alacak ne ise o olacağından, temlik eden yüklenicinin arsa sahibinden kazanmadığı hakkı üçüncü kişiye temlik etmesinin arsa sahibi bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Diğer taraftan, yüklenici arsa sahibine karşı edimini tamamen veya kısmen yerine getirmeden kazanacağı şahsi hakkı üçüncü kişiye (davacıya) temlik etmişse, üçüncü kişi (davacı) Türk Borçlar Kanunu'nun 97. maddesi hükmünden yararlanma hakkı bulunan arsa sahibini ifaya zorlayamaz... Somut olayda ise; Uyuşmazlık, yüklenicinin edimini yerine getirip getirmediği, dolayısıyla dava konusu taşınmazla ilgili olarak yüklenicinin halefi olan davacının talepte bulunup bulunamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Arsa sahipleri ile yüklenici arasında imzalanan 11.01.1996 tarihli kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin 3. maddesinde aşamalı devir öngörülmüş ise de, 3/d maddesinde geriye kalan bir dükkân ve bir daire ile yükleniciye ait tüm hissenin tapusunun inşaatın yapılıp bitirildiğinde arsa sahiplerine ait bağımsız bölümlerin anahtar teslimi olarak teslim edilip kat irtifakı yapılıp iskân alındıktan sonra devredileceğinin kararlaştırıldığı, davalı yükleniciye



Yapı kayıt belgesinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ifa borcuna etkisi konusunda ise Yargıtay, bu belgenin binanın kullanımına yönelik olduğu, yapıyı imara uygun hale getirmeyeceği, imar barışı kanununda da belirtildiği üzere belgenin yapıyı kentsel dönüşüm veya yeniden yapılanaya kadar kullanılabilir kıldığını, yüklenicinin imara aykırı yapı inşa ettiğinde, yapı kayıt belgesi ile ifa borcunu yerine getirdiğini ileri sürmesinin, aslında edimin ifasının yapı tekrar yapılanaya kadar ertelenmesi anlamına geleceğini, bunun ifanın gerçekleşmediğinin göstergesi olduğunu ve hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği görüşündedir. Bu sebeplerle Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde İmar Kanunu'na eklenen geçici 16. madde ile getirilen yapı kayıt belgesi alınabilme imkanının, yüklenicinin edimini ifasına bir etkisi bulunmadığı sonucuna varmaktadır<sup>37</sup>.

*sözleşmenin 3/a,b,c bentlerinde gösterilen bağımsız bölümlerin devirleri yapılmış olup, dava konusu taşınmaza inşaatın tamamlanıp yapı kullanma izin belgesinin alınması ile hak kazanacağı, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun geçici 16. maddesine göre alınan yapı kayıt belgesinin yapı kullanma izin belgesi yerine geçmeyeceğinden, bu yükümlülüğün yerine getirildiğinin kabul edilemeyeceği, mahkemece raporları hükme esas alınan bilirkişi kurulundan ek rapor alınıp, ilgili belediyeden de araştırılmak suretiyle bu husus incelendikten sonra gerekirse davacıya yapı kullanma izin belgesi almak üzere makul süre ve yetki verilip, yapı kullanma izin belgesi alınması halinde tapu iptal ve tescile karar verilmesi, mümkün olmaması halinde ise tapu iptal tescil isteminin reddine karar verilmesi gerekir.” Y. 15. Hukuk Dairesi, 07.12.2020 tarih ve 129/3124 sayılı karar; aynı yönde Y. 15. HD. 21.09.2020 tarih ve 3962/2494 sayılı karar; Y. 15. HD. 07.12.2020 tarih ve 129/3124 sayılı karar (Sinerji mevzuat ve İçtihat programı).*

<sup>37</sup> “...yapı kayıt belgesi imara aykırı yapının kullanılmasına ilişkin olup, imara uygun hale getirmemektedir. Geçici 16. maddenin 10 bendinde belirtildiği üzere, yapı kayıt belgesi, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşümüne kadar geçerlidir. Düzenlemenin amacı da, yapının yeniden yapılmasına kadar kullanımına idare tarafından imkân sağlanmasından ibarettir. Aksi takdirde, imara aykırı bir yapı yapmış olan yüklenicinin, yapı kayıt belgesi alındığını ileri sürerek, edimin ifasını yapının tekrar yapılmasına kadar ertelemiş olur ki, bu durum baslı basına edimin ifa edilmediğini gösterir. Edimin ifasının, yapının tekrar yapılmasına kadar beklenmesini talep etmekte kabul edilemez bir durumdur ve hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Netice itibarıyla, İmar Kanunu'na eklenen geçici 16. madde ile getirilen düzenlemenin, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde kararlaştırılan edimlerin ifasına bir etkisinin bulunmadığı sonucuna varmak mümkündür. Tabii ki sözleşme hürriyeti gereğince, tarafların yapı kayıt belgesi alınması sonrasında kavuştukları yeni durum karşısında, karşılıklı olarak edimlerinin ifa durumunu değerlendirmeleri ve mevcut duruma göre yeni bir tavır takınmaları da mümkündür. Tüm bu anlatılanlar nezdinde, davaya konu olaya döndüğümüzde; taraflar arsında imzalanan 05.04.2000 tarihli sözleşmede, yüklenici tarafından binanın projeye uygun, anahtar teslimi ve iskân alınmış şekilde bitireceği kararlaştırılmıştır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin edimi, inşaat yapımına uygun olarak arsayı teslim etmek, yüklenicinin edimi ise sözleşmede kararlaştırılan şekilde inşaatı yaparak bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmekten ibarettir. İskân alınmayan ve/veya iskân alınmaya uygun olmayan bir binanın ekonomik bir değeri bulunmamaktadır. Bu durumda, eğer sözleşmede iskân alınması kararlaştırılmış ve iskân alınmamışsa yüklenicinin edimini ifa ettiğini kabul etmek mümkün olmayacaktır. Davaya konu olayda da iskân alınması sözleşmede kararlaştırılmış olup, yüklenici iskân almadığından edimin ifa edildiği kabul edilemeyecektir. İki tarafa borç yükleyen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, inşaat belirli bir asamaya gelmiş ise ifanın tamamlanmasını beklemek ve gerekiyorsa dava açılması halinde de bu konuda fırsat tanıyarak ifaya olanak tanımak hakkaniyete uygun ise de, is sahibi için de bu beklemenin bir tahammül sınırı bulunmaktadır. Dava açıldığında, yüklenici tarafından sözleşmede kararlaştırıldığı gibi ifa yerine getirilmemiş olup, ilk derece mahkemesince de 11.04.2000 tarihli duruşmada, davalı tarafa iskân alınması için dört aylık süre verilmiştir. Verilen süre içinde gereği yerine getirilmediğinden davanın kabulüne karar verilmiştir. İstinaf edilmesi üzerine, istinaf mahkemesince de, ... Belediyesi'ne iskân alınma koşulları sorulmuş ve verilen cevaba göre de, yükleniciye tadilat avan projesi hazırlaması ve belediyeye başvuru yaparak iskân alması için süre ve yetki verilmiş, ancak netice alınmamasına rağmen 3194 Sayılı Kanun'a eklenen geçici 16. madde dikkate alınarak, kaçak yapının geçici olarak da olsa yasal hale geldiği kabul edilerek istinaf isteminin kabulüne karar verilmiştir. Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, yapı kayıt belgesi alınması, idare tarafından kaçak yapının kullanılmasına imkân tanırken, imara ilişkin mer'i mevzuatta bir değişiklik yapılmadığından, iskân alınmayan/alınmayan yapının yasal hale geldiğini kabul etmek mümkün değildir. Diğer yönden, taraflar arasındaki sözleşmede iskân alınması kararlaştırılmış olup, yüklenici tarafından edimin ifası ancak iskân alınarak taşınmazın teslimi ile mümkün olabilir. Yapı kayıt belgesi alınmış olup olmamasının karşılıklı edimlerin ifasına bir etkisi bulunmamaktadır. Yüklenici tarafından da edimin ifa edilmemesi halinde arsa sahibi, borçlar kanununun tanıdığı sözleşmeden dönme ve diğer haklarını kullanabilecektir. Arsa sahibi, yüklenicinin edimini ifa etmemesi nedeniyle yasadaki kaynaklanan fesih hakkını kullanmış olup,



### 3. Değerlendirme

Ülkemizde yıllardır imar affı niteliği taşıyan kanunlar çıkarılmaktadır. Genellikle kanunların adında af kelimesi geçmese de sonuçları itibariyle imar mevzuatına aykırı yapılan, hazineye ait araziler üzerinde yapılan veya inşa halinde olan yapılar, toplumsal barış, gelir ihtiyacı, fiili durumun hukuki duruma dönüştürülmesi gibi bir takım gerekçelerle hukuka uygun hale getirilmekte, kanunların öngördüğü yaptırımlardan kurtulmaktadır. Bunlardan sonuncusu 7143 sayılı Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile 3194 sayılı İmar Kanunu'na geçici 16. madde ile getirilen düzenlemedir. İmar barışı olarak adlandırılan bu düzenleme ile ruhsatsız veya ruhsat eklerine aykırı yapılar için öngörülen tarih ve öngörülen bedelin ödenmesi ile yapı kayıt belgesi verilebileceği düzenlenmiştir (Geçici m. 16/1). Aynı hükümde belgenin yapının kullanım amacına yönelik olduğu, bu belgeyi alan yapılara su, elektrik, doğalgaz bağlanabileceği belirtilmiştir (Geçici m. 16/3). Aynı şekilde yapı kayıt belgesi ile yapı ruhsatı almış ancak yapı kullanma izin belgesi almamış veya yapı ruhsatı bulunmayan yapılarda, maliklerin tamamının muvafakatinin bulunması ve imar planlarında umumi hizmet alanlarına denk gelen alanların terk edilmesi suretiyle yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın cins değişikliği ve kat mülkiyeti kurulmasına da izin verilmiştir (Geçici m. 16/5). Yapı kayıt belgesine sahip olmanın getirdiği bu imkanlar, yapının bu andan itibaren tamamen hukuka uygun hale geldiği ve süreklilik arz ettiği sonucuna varmamıza sebep olabilir. Ancak Geçici 16. maddenin 10. bendinde yapı kayıt belgesinin, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerli olacağı ve yapının yenilenmesi durumunda yürürlükte olan imar mevzuatı hükümlerine tabi olacağına düzenlenmesi, belgenin geçici niteliğini ortaya çıkarmaktadır. Bununla birlikte herhangi bir yenileme veya kentsel dönüşüm olmadığı takdirde yapı mevcut haliyle imar mevzuatıyla ilgili herhangi bir hukuki yaptırıma maruz kalmayacaktır. Belge malike, doğrudan yapının kullanımını sağlamış olacaktır.

Yapı kayıt belgesinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından ortaya çıkardığı sorun, yüklenicinin edim borcunun ifası noktasında ortaya çıkmaktadır. Yapı kayıt belgesi yapının kullanımını sağladığı, aboneliklerin bağlanmasına imkân verdiği için aslında imar mevzuatına uygun yapılmayan bir yapı, yapı kayıt belgesi ile fiilen kullanılabilir hale geldiğinden, yüklenici açısından da edimini yerine getirmiş olma sonucunu doğurur mu sorusunu akla getirmektedir. Nitekim bu yönde talepler mahkemelerin önüne gitmiş, arsa sahiplerinin yüklenicinin edimini imar mevzuatına ve sözleşmeye uygun şekilde yapmadığı gerekçesiyle açılan davalarda, yükleniciler

---

*mahkemece bu hakkının kullanılmasının yerinde olup olmayacağı değerlendirilecektir. Yapı kayıt belgesi alındı diye, fesih hakkını kullanmasının yerinde olup olmadığı değerlendirilmeden, doğan zararına karşın tazminat hakkını kullanabileceğini gerekçe göstererek davanın reddi de doğru olmamıştır. Arsa sahibinin bu hakkını kullanması karşısında, dava sırasında da yükleniciye ediminin ifası hususunda fırsat tanınması mümkün ise de makul ve katlanabilir bir sürenin verilmesi gerekir. Dosya kapsamına göre ilk derece mahkemesinde de istinaf mahkemesinde de gerekli ve uygun süre verilmiş, ancak netice alınamamıştır. Netice itibariyle dava sırasında da yükleniciye edimini ifa etmesi için süre verilip fırsat tanınmış, ancak edimin ifa edilmesi hususunda gereği yerine getirilmemiştir. Yapı kayıt belgesi alınması nedeniyle, yapının yeniden yapılması veya kentsel dönüşüme kadar da ifanın yerine getirmesinin askıda kalmasını arsa sahibinden beklemek Borçlar Kanunu'nun ifaya ilişkin hükümlerine de sözleşmeye de hakkaniyete de uymamaktadır. Tüm bu hususlar dikkate alındığında davacının davasında haklı olduğu ve davanın kabulü gerektiği anlaşıldığından davacının temyiz isteminin kabulü ile usul yasaya uygun olmayan Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulması uygun görülmüştür.” Y. 15. HD. 23.05.2019 tarih ve 5361/2479 sayılı karar; aynı yönde Y. 15. HD. 21.09.2020 tarih ve 3962/2494 sayılı karar; YHGK. 10.06.2020 tarih ve 15-168/394 sayılı karar (Sinerji mevzuat ve İçtihat programı).*

bina için yapı kayıt belgesi alınabileceğini ve böylece yapının kullanılabilir hale geleceği savunmasını yapmışlardır. Ancak Yargıtay'ın da 2019 ve sonrası kararlarında belirttiği gibi yapı kayıt belgesi, yapının imar mevzuatına uygun yapıldığını gösteren bir belge değil, mevcut haliyle kullanımını sağlayan bir belgedir. Ruhsat eksiklikleri veya yapı kullanım belgesine ilişkin eksiklikler, yapı kayıt belgesi ile giderilmez. Bu eksiklikler halihazırda mevcut olmakla birlikte yapının bu haliyle kullanılmasına izin verilmiştir. Dolayısıyla belgenin varlığı yüklenici açısından edimin ifa edildiği anlamına gelmemektedir. Bu sebeplerle Yargıtay'ın 2019 ve sonrası kararlarının düzenlemenin amacına daha uygun olduğu görülmektedir.

## V. SONUÇ

İmar barışı düzenlemesi, ülkemizde zaman zaman çıkarılan mevcut yapıların hukuki durumunu düzeltmeye yönelik kanunların sonucusudur. Bu tür kanunların kapsamının her seferinde daha genişlemesi, toplumsal sonuçları ve çevreye etkileri bakımından haklı olarak eleştirilmektedir.

Yapı kayıt belgesi, hukukumuza imar barışı kanunu ile giren yeni bir kavramdır. Bu sebeple belgenin hukuki niteliğinin belirlenmesi, ortaya çıkardığı sonuçların değerlendirilmesi önem taşır. Yargıtay kararlarında yapı kayıt belgesinin, geçici 16. madde ve kanunun gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde “*yapının kullanılmasına ilişkin geçici (yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerli) bir statü sağlayan, yapının bu statü ile imara aykırı olmasına karşın idare tarafından kullanılmasına izin verilen*”, “*yapının kullanımı ve zilyetliği hususunda idari statü*” sağlayan bir belge olduğu belirtilmektedir. Böylece yapı kayıt belgesi ile imar mevzuatına aykırı olan yapı, kullanılabilir ancak belge yapıyı imar mevzuatına uygun hale getirmeyecektir. Sağlanan bu statü ile aslında yıkılması gereken bir yapıya koruma getirmektedir.

Bu çerçevede ortaya çıkan sorunlardan biri arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yapı kayıt belgesi alınmasının yüklenicinin edimi ifa borcunu etkileyip etkilemeyeceğidir. Yapının kullanılmasına yönelik geçici yetki veren bir belge, yüklenicinin imar mevzuatına uygun şekilde yapmadığı bir yapıyı, mevzuata uygun hale getirmez. Bu belge yükleniciyi, edimini ifa etmiş olarak kabul etmek için yeterli değildir. Yüklenici ancak edimini tam olarak yerine getirdiğinde borcundan kurtulmuş olur.

Sonuç olarak Yargıtay'ın da haklı olarak belirttiği gibi 3194 sayılı İmar Kanunu'nun geçici 16. Maddesi ile getirilen yapı kayıt belgesi, yapının kullanımına yöneliktir. Verilen bu kullanma statüsü yapıyı imara uygun hale getirmediği gibi yüklenicinin edim borcunu da etkilemez.

## KAYNAKÇA

- Arat, A. *Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk*, İstanbul 2018.
- Çakır, H.M, Yapı Kayıt Belgesi, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2018, s.15-92.
- Eren, F.: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2019.
- Erman, H. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul 2010.
- Esener, T./Güven, K. *Eşya Hukuku*, Ankara 2015.
- Gümüş, M. A. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. 2, İstanbul 2014.
- Kartal, B. *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Ankara 1993.
- Kırca, Ç. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi*, XXII. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 2007.
- Kostakoğlu, C. *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, Ankara 2008.
- Nomer, H. N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2015.
- Öz, T. *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, İstanbul 2016.
- Reisoğlu, S. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar, *BATIDER*. C. XXIV, S. 21, 2007.
- Tercan, B. 1948'den Bugüne İmar Afları, *Mimarlık*, Y. 55, S. 403, Eylül-Ekim 2018.
- Yavuz, C./Acar, F./Özen, B. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, İstanbul 2018.

## Sosyal Plan Kavramı\*

Gökhan TÜRE 

Arş. Gör. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,  
[gokhan.ture@hbv.edu.tr](mailto:gokhan.ture@hbv.edu.tr), (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	Öz
<p><b>Makale Geçmişi</b> <b>Geliş: 02.05.2021</b> <b>Kabul: 06.08.2021</b> <b>Yayın: 24.08.2021</b></p> <p><b>Anahtar Kelimeler:</b> Sosyal plan, Yapısal değişiklikler, Toplu işçi çıkarma, Tenkiset kuralları, İşçilerin korunması.</p>	<p>Bu çalışmada, Türk hukukunda terminolojik olarak pek de aşına olunmayan sosyal plan kavramı incelenmektedir. Bu inceleme yapılırken Türk pozitif hukukundaki sosyal plana ilişkin hükümlere kaynak teşkil eden İsviçre hukuku ile sosyal plan açısından öncü ülke niteliği taşıyan Alman hukukundaki düzenlemeler dikkate alınmaktadır. İncelemede sosyal plan kavramının Türk hukukunda öteden beri uygulaması olan tenkiset kuralları, bir dönem yargı kararlarında kabul edilen sosyal seçim ölçütleri ve özellikle toplu işçi çıkarma kapsamında işyeri sendika temsilcileriyle görüşme yükümlülüğü ile arasındaki bağlantı vurgulanmaktadır. Öte yandan toplu iş sözleşmesi ile oldukça benzer bir sözleşme niteliği taşıyabilen sosyal planın hukuki niteliği tespit edilmektedir. Yine sosyal planda, işten çıkarmaların önlenmesi, azaltılması veya olumsuz sonuçlarının hafifletilmesi için alınabilecek önlemler ve bu önlemlerin sınırları üzerinde durulmaktadır. Sonuç olarak çalışma hayatında üstleneceği fonksiyon ve iş barışına sunacağı katkı esas alınarak, toplu işçi çıkarmanın planlandığı ve belli sayıda işçinin çalıştığı işyerlerinde sosyal plan hazırlanmasının bir yükümlülük olarak düzenlenmesi önerilmektedir.</p>

## Concept of Social Plan

Article Info	Abstract
<p><b>Article History</b> <b>Received: 02.05.2021</b> <b>Accepted: 06.08.2021</b> <b>Published: 24.08.2021</b></p> <p><b>Keywords:</b> Social plan, Structural changes, Collective redundancy, The rules of reduction in-force, Protection of employees.</p>	<p>In this study, the concept of social plan, which is not familiar in a terminological aspect with the Turkish law, is examined also considering Swiss law, which is the source of the provisions regarding the social plan in the Turkish law, and the regulations in German law, which is a leading country in terms of social plan. In the study, the connection between the social plan and the rules of reduction in-force, which has long been applied in Turkish law, the social choice criteria was adopted in judicial decisions for a period, and especially the obligation to meet with workplace union representatives within the scope of collective dismissal are emphasized. In addition, the legal nature of the social plan, which can be quite similar to a collective bargaining agreement, is determined. Also, the measures that can be taken in the social plan to prevent, reduce or mitigate the negative consequences of dismissals and the limits of these measures are evaluated. As a result, considering its function in working place and contributions to working environment peace it is recommended to organize a social plan as a legal obligation in workplaces where collective dismissal is planned and where a certain number of workers are employed.</p>

**Atıf/Citation:** Türe, G. (2021). "Sosyal Plan Kavramı", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), s. 376-389.

**Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

\* Bu makale 10-12 Nisan 2021 tarihinde Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan özet bildirinin genişletilmiş halidir.

## GİRİŞ

Teknolojik gelişmeler, rekabetin artması ve küreselleşme gibi hususlar ticaret şirketlerini etkilediği gibi bu etki işyerlerine de sirayet etmektedir<sup>1</sup>. Nitekim ticari hayattaki değişimler bir yandan ticaret şirketlerinde, diğer yandan işyerlerinde yapısal değişikliklere yol açmaktadır. Yapısal değişikliklerin sonucunda sıklıkla işyerinde işgücü fazlalığı meydana gelmekte<sup>2</sup>; bu nedenle yapısal değişikliklerin devamında genellikle toplu işçi çıkarma süreci ile karşılaşmaktadır. Toplu işçi çıkarmanın, işçiler üzerinde olumsuz ekonomik ve sosyal sonuçları bulunmaktadır<sup>3</sup>. İşte sosyal plan, toplu işçi çıkarmaya konu işyerlerinde çalışan işçiler üzerinde toplu işçi çıkarmanın olumsuz ekonomik ve sosyal sonuçlarının giderilmesini, bu mümkün değilse hafifletilmesini amaçlayan bir hukuki kurum niteliği taşımaktadır.

Türk hukukunun bir kavram olarak sosyal plan ile tanışması, oldukça yeni bir gelişmedir. Öyle ki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan<sup>4</sup> önce Türk hukukunda açıkça sosyal plan kavramından söz edilmediği görülmektedir<sup>5</sup>. Diğer yandan TTK hükümlerinde sosyal plan kavramının yalnızca zikredilmesiyle yetinilmekte; buna karşın unsuları, içeriği, hukuki niteliği gibi noktalarda kavramın somutlaştırılmasından kaçınılmaktadır. Dahası, Türk hukukunda sosyal plan hazırlanmasının kanuni bir yükümlülük olarak öngörülmemesi de<sup>6</sup>, kavramın anlaşılmasına duyulan ihtiyacı azaltmaktadır.

Sosyal plan, Türk çalışma hayatında önemli fonksiyonlar üstlenebilecek ve çalışma barışına katkı sunabilecek bir hukuki kurumdur<sup>7</sup>. Zira sosyal plan sayesinde, işten çıkarmalar önlenilmekte ya da işten çıkarılacak işçi sayısı azaltılabilmekte yahut işten çıkarmanın işçiler

<sup>1</sup> Daetwyler, Valerie; *Sozialplan in der Schweiz aus arbeitsrechtlicher Sicht*, Dike Verlag, Zürich, 2019, s. 1; Baeni, Eva-Maria; "Sozialplanpflicht und weitere Auswirkungen des Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht", *ArbR* 2013, s. 19-103, s. 99.

<sup>2</sup> Örneğin ticaret şirketlerinin birleşmesinde benzer işin görüldüğü işyerlerinden bir kısmı kapatılmasına karar verilmesi durumunda, işyerinde işin görülmesi için yeterli sayıdan fazla işçi çalışır hale gelmektedir (Vogel, Alexander/Heiz, Christoph/Behnisch, Urs R./Sieber, Andrea/Opel, Andrea; "Art. 14 Fusionsbericht" içinde *OFK-FusG Kommentar*, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2017, N. 39; Gündoğdu, Gökmen/Kaplan, Hasan Ali; "İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Yeni Türk Ticaret Kanunu m. 147 f. 2-i Hükümünde Öngörülen 'Sosyal Plan' Kavramı", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 24, Aralık 2011, s. 160-171, s. 164).

<sup>3</sup> Kania, Thomas; "BetrVG §§ 112, 112a", içinde *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt (Hrsg.)), 21. Auflage, C. H. Beck Verlag, Münih, 2021, Rn. 12; Kaellin, Thomas/Stalder, Noelle; "Massenentlassung und Sozialplan", *AJP* 2018, s. 1014-1022, s. 1014. Toplu işçi çıkarmanın sonuçlarının, bireysel işten çıkarmalardan daha ağır olduğu yönünde bkz. (Urhanoglu) Cengiz, İftar; *Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 1.

<sup>4</sup> RG., T. 14/2/2011, S. 27846.

<sup>5</sup> Bu çalışmada incelenen sosyal plan kavramından başka, işverenin hukuki sorumluluğunu açıklayan risk teorisi (nazariyesi) kapsamında bir sosyal plan kavramı bulunmaktadır. Hatta Türk iş hukukunun sosyal plan kavramı ile ilk tanışması, işverenin hukuki sorumluluğunu açıklayan bir teori olan risk nazariyesi vesilesi ile olmuştur (Konu hakkında bkz. Oğuzman, Kemal; "İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu", Y. 1968, C. 34, S. 1-4, s. 322-342, s. 324; Gürsoy, Kemal Tahir; "İşverenin Sorumluluğu (BK. 332, İş K. 73)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1974, C. 31, S. 1-4, s. 185-198, s. 193-194. Ancak bu terimsel birliğe ve benzer kaygılarına rağmen iki kavram birbirinden tamamen bağımsızdır.

<sup>6</sup> Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, N. 40; Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş; *İş Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 290. Doktrinde aksi yönde bir görüş, sosyal plana ilişkin TTK hükümlerinde sosyal planın içeriğine "mümkünse" yer verilmesi gerektiğinin öngörülmesi karşısında birleşme ve bölünme raporlarında sosyal plana yer verilmesinin kural, sosyal plan hazırlanmamasının ise istisna olduğunu belirtmektedir (Gündoğdu/Kaplan, s. 167-168).

<sup>7</sup> Benzer yönde Tekinalp, Ünal; "Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Sosyal Plan", içinde *İş Dünyası ve Hukuk*, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 1082-1092, s. 1083.



üzerindeki olumsuz etkileri hafifletilebilmektedir. Diğer yandan sosyal plan, işverenin fesihle eşit davranma borcunun somutlaşmasını ve fesih hakkının kötüye ya da haksız kullanıldığına ilişkin iddiaların bertaraf edilmesini sağlayıcı etki gösterebilmektedir. Bu öneminden ötürü bu çalışmada Türk hukukunda bir hukuki kurum olarak sosyal planın incelenmesi tercih edilmektedir.

## I. Sosyal Planın Tanımı

Türk pozitif hukukunun bir kavram olarak sosyal plan ile tanışması Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile gerçekleşmiştir. Ticaret şirketlerinde birleşme raporunun düzenlendiği TTK m. 147'ye göre raporda, "*Birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkileri ile mümkünse bir sosyal planın içeriği hukuki ve ekonomik yönden açıklanır ve gerekçeleri belirtilir (2/i)*". Benzer şekilde ticaret şirketlerinde bölünme raporunun düzenlendiği TTK m. 169'a göre rapor, "*Bölünmenin işçiler üzerindeki etkileri ile içeriğini; varsa sosyal planın içeriğini hukuki ve ekonomik yönleri ile açıklar ve gerekçelerini gösterir (2/g)*".

İsviçre Birleşme Kanunu'ndan (FusG) birebir tercüme şeklinde<sup>8</sup> alınan bu hükümler<sup>9</sup>, sosyal plana ilişkin kanuni bir tanım içermediği gibi sosyal planın ne olduğuna dair bir ipucu vermekten dahi uzaktır<sup>10</sup>. Oysa sosyal plana ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu'nda (OR) yer alan tanım incelendiğinde, sosyal plan kurumunun mahiyeti itibarıyla Türk hukukuna çok da yabancı olmadığı söylenebilir. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu m. 335h'ye göre sosyal plan, "*İşveren ile işçiler arasında yapılan ve işten çıkarmaların önlenmesine, sayısının azaltılmasına yahut sonuçlarının hafifletilmesine ilişkin önlemlerin kararlaştırıldığı bir anlaşmadır*"<sup>11</sup>. Gerçekten de bu tanım esas alındığında, öteden beri toplu iş sözleşmelerinde yer verilen "tenkiset kurallarının"<sup>12</sup>,

<sup>8</sup> Tekinalp, s. 1087; Gündoğdu/Kaplan, s. 161.

<sup>9</sup> Birleşme raporunun (*Fusionsbericht*) düzenlendiği İsviçre Birleşme Kanunu m. 14'e göre raporda, "*Birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkilerinin yanı sıra mümkünse sosyal planın içeriğine dair hususlar hukuken ve iktisaden açıklanır ve gerekçelendirilir (3/g)*". Aynı şekilde bölünme raporunun (*Spaltungsbericht*) düzenlendiği İsviçre Birleşme Kanunu m. 39'a göre raporda, "*Bölünmenin, bölünmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkileri ile mümkünse sosyal planın içeriğine dair hususlar hukuken ve iktisaden açıklanır ve gerekçelendirilir (3/g)*".

<sup>10</sup> Aksi yönde Tekinalp, söz konusu kanun hükümlerinden sosyal planın içeriğinin genel mahiyette anlaşılabilirliğini ve kanun anlamında sosyal planın ilgili yapısal değişikliklerin işçiler üzerindeki etkilerine karşı alınan önlemler, olumsuz sonuçlar için düşünülen çareler ve sorunların çözümünü içeren bir belge olduğunu ifade etmektedir (s. 1088).

<sup>11</sup> Alman İşletme Teşkilatı Kanunu (BetrVG) § 112'de de benzer bir sosyal plan tanımı mevcuttur. Söz konusu hükümde sosyal plan, "*Planlanan işletmesel değişikliklerden kaynaklanan işçilere yönelik ekonomik dezavantajların giderilmesi veya hafifletilmesine ilişkin bir anlaşma*" şeklinde tanımlanmaktadır. Alman İşletme Teşkilatı Kanunu § 111 gereğince "*işletmenin tamamının ya da önemli bir kısmının kapatılması, işletmenin tamamının ya da önemli bir kısmının taşınması, başka işletmelerle birleştirilmesi ya da bölünmesi, işletmenin organizasyonunda, amaçlarında ya da tesislerinde esaslı değişiklikler yapılması, yeni çalışma ve üretim metotlarının kullanılmaya başlanması*" halleri işletmesel değişiklikler kapsamında yer almaktadır. Alman hukukunda sosyal plan hakkında detaylı bilgi için bkz. ErfK/Kania, BetrVG §§ 112, 112a; Junker, Abbo; *Grundkurs Arbeitsrecht*, 17. Auflage, C. H. Beck Verlag, Münih, 2018, Rn. 787-790.

<sup>12</sup> 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 33/1'te toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri arasında iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler de sayılmaktadır. Bu düzenleme doğrultusunda Türk hukukunda uzun zamandan beri yaygın bir toplu iş sözleşmesi uygulaması olarak, fesih bildirim sürelerini artıran, fesihle sıra öngören (*ilk giren son çıkar kuralı gibi*) ve benzeri hükümlere yer verilmektedir (Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat; *İş Hukuku Dersleri*, 32. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2019, s. 916; Ekmekçi, Ömer; *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 218). Yargıtay kararlarında ve doktrinde toplu iş sözleşmesinde fesihle sıra öngören kuralların bulunması halinde işverenin bu sıraya uymak suretiyle iş sözleşmelerini feshetmesi gerektiği kabul edilmektedir (Yargıtay 9. HD., E. 2008/28373, K. 2008/23213, T. 11.09.2008; Yargıtay 9. HD., E. 2008/10026, K. 2009/11699, T. 27.4.2009; Yargıtay 9. HD., E. 2015/1199, K. 2015/6314, T. 12.02.2015; Yargıtay 22. HD., E. 2011/1453, K. 2011/3253, T. 24.10.2011;

Yargıtay’ın bir dönem geçerli nedenle fesihle aradığı “sosyal seçim ölçütlerinin”<sup>13</sup> ve nihayet toplu işçi çıkarma öncesinde işyeri sendika temsilcileri ile görüşme yapma yükümlülüğünün<sup>14</sup>, sosyal plan kurumuna dâhil hususlar olduğu anlaşılmaktadır. Bilhassa İş Kanunu m. 29/4’teki işyeri sendika temsilcileri ile görüşme yapma yükümlülüğünde ele alınması gereken konular ile sosyal plana ilişkin İsviçre hukukundaki tanım birebir örtüşmektedir. Nitekim İş Kanunu m. 29/4’e göre; “*Bildirimden sonra işyeri sendika temsilcileri ile işveren arasında yapılacak görüşmelerde, toplu işçi çıkarmanın önlenmesi ya da çıkarılacak işçi sayısının azaltılması yahut çıkarmanın işçiler açısından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi konuları ele alınır.*” Dolayısıyla Türk hukuku bakımından İsviçre hukukundaki sosyal plana ilişkin kanuni tanımın benimsenmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Buna göre Türk hukukunda sosyal plan; toplu işçi çıkarmanın planlandığı işyerlerinde işten çıkarmaların önlenmesi, sayısının azaltılması yahut sonuçlarının hafifletilmesine ilişkin önlemlerin kararlaştırıldığı bir sözleşmedir.

## II. Sosyal Planın Tarafları (Sosyal Plan Ehliyeti)

Yukarıda verilen tanım gereğince sosyal plan, iki taraflı bir hukuki işlem olan sözleşme niteliği taşımaktadır. Hiç şüphesiz sosyal planın bir tarafını işveren, diğer tarafını ise işçi(ler) oluşturmaktadır. Ancak işyerinde yetkili işçi sendikasının bulunduğu yahut işverenin bir sendikaya üye olduğu durumlarda sosyal plan ehliyetinin kime ait olduğu önem kazanmaktadır. Özellikle sosyal planın işçi tarafında kimin bulunduğu, sosyal planın hukuki niteliği açısından belirleyici bir faktör niteliği taşımaktadır.

Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1010; Alpagut, Gülsevil; “İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 4, Aralık 2006, s. 95-105, s. 105; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 916). İsviçre hukukunda da 1 Ocak 2014’te yürürlüğe giren İcra ve İflâs Kanunu Revizyonu (SchKG) ile İsviçre Borçlar Kanunu’na eklenen hükümlerden önce sosyal plan yapma yükümlülüğünün bulunmadığı ve bu tarihe kadar sosyal planın yalnızca toplu iş sözleşmelerinde düzenlenen bir konu olduğu yönünde bkz. Giudici, Camilla; *Der Sozialplan in einer vergleichenden europaischen Perspektive –Unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz, Deutschlands und Italiens*, Staempfli Verlag, Bern, 2019, N. 13, 54; Rehbindler, Manfred/Stöckli, Jean-Fritz; “Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR”, içinde *Berner Kommentar* (Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.)), 2. Auflage, Staempfli Verlag, Bern, 2014, Art. 335h, N.1; Wildhaber, Isabelle; “Die neue Sozialplanpflicht – für die Praxis ein Buch mit sieben Siegeln”, *AJP* 2015, s. 427-436, s. 428; Daetwyler, s. 9; Baeni, s. 91.

<sup>13</sup> Sosyal seçim ölçütleri ile kastedilen, işletme gerekleriyle yapılacak fesihlerde sözleşmesi sona erdirilecek işçiler tespit edilirken sosyal açıdan daha fazla korunması gereken kişilerin sözleşmesinin sürdürülmesini sağlayan ölçütlerdir (Gündoğdu/Kaplan, s. 165). Buna göre sosyal seçim yükümlülüğü, işverenin iş sözleşmelerini feshederken daha zayıf olanların korunması amacıyla işçileri belirli kriterler vasıtasıyla seçme yükümlülüğüdür (Alpagut, s. 99). Yargıtay bir dönem kararlarında işletme gerekleriyle yapılan fesihlerin yargısal denetiminde sosyal seçim ölçütlerini aramaktaydı. “(...) işverence işten çıkarılacak işçi seçilirken, işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi olma veya genç olma gibi kriterler göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır.” Yargıtay 9. HD., E. 2006/2885, K. 2006/6215, T. 13.3.2006, (Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1006-1007); “Ayrıca, davacı işçinin çalıştığı üretim bölümünün alt işveren verilmesinden sonra o üniteye çalışan işçilerin tamamının iş sözleşmesinin feshedilip edilmediği, tamamı işten çıkarılmamış ise çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı da irdelenmelidir. İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır.”, Yargıtay 9. HD., E. 2006/4878, K. 2006/8253, T. 3.4.2006, (Alpagut, s. 96). Günümüzde Yargıtay kararlarında işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde sosyal seçim ölçütleri aranmamaktadır. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1010; Gündoğdu/Kaplan, s. 165 vd.

<sup>14</sup> Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. (Urhanoglu) Cengiz, s. 133 vd.

## A. İşveren Tarafı

İşveren tarafı bakımından sosyal plan ehliyeti, işverene aittir<sup>15</sup>. Burada işveren ile kastedilen, iş sözleşmesinin tarafı olan (soyut) işverendir. Dolayısıyla ne geçici işverenin ne asıl işverenin ne de somut işverenin, sosyal plana taraf olması mümkündür. Bu noktada tartışılabilir bir husus, işverenin bir sendikaya üye olması halinde aynen toplu iş sözleşmesinde olduğu gibi sosyal plan ehliyetine işveren sendikasının sahip olup olmayacağıdır. Daha sonra inceleneceği üzere sosyal plan, kanaatimizce toplu iş sözleşmesi niteliği taşımadığından, işverenin sendikaya üye olması halinde dahi sosyal plan ehliyeti, işverene ait olmaya devam edecektir<sup>16</sup>. Ancak sosyal plana ilişkin görüşmelerin sürdürülmesi noktasında işverenin görüşme yardımcısı kullanması kadar sosyal planın temsilci vasıtasıyla yapılması da mümkündür<sup>17</sup>.

## B. İşçi Tarafı

İş Kanunu m. 29/4 hükmü incelendiğinde sosyal plana ilişkin görüşme sürdürme yetkisinin münhasıran işyeri sendika temsilcilerine tanındığı görülmektedir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu<sup>18</sup> m. 27/1 uyarınca<sup>19</sup>, işyeri sendika temsilcisi atama hakkı toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendikaya aittir.

İlk bakışta sosyal plana taraf olma ehliyetinin aynen toplu iş sözleşmesinde olduğu gibi yalnızca işçi sendikalarına tanındığı düşünülebilir. Ne var ki bu durum yalnızca işverenin sosyal plana ilişkin görüşme sürdürme yükümlülüğü açısından söz konusudur. Başka bir deyişle İş Kanunu m. 29/4 hükmü, toplu işçi çıkarmanın planlandığı ancak işyerinde yetkili bir sendikanın bulunmadığı durumlarda işverenin doğrudan işçileriyle sosyal plana ilişkin görüşmeler yürütmesini ve devamında bir sosyal plan yapmasını engellemektedir<sup>20</sup>. Zira aksi bir kabul sosyal planın yapılmasını, işyerinde yetkili bir sendika bulunması şartına bağlı kılacaktır ki, işçilerin korunmasını amaçlayan sosyal plan açısından bu kabulün doğru olmadığı söylenmelidir. Dolayısıyla Türk hukukunda yetkili işçi sendikasının bulunmaması halinde sosyal plana taraf olma ehliyeti, doğrudan toplu işçi çıkarma sürecinden etkilenecek tüm işçilere ait olacaktır. Önemle ifade edilmelidir ki bu işçilerin muhakkak sözleşmesi feshedilmesi planlanan işçilerden olması gerekmemektedir. İşten çıkarmaların azaltılması için çalışma sürelerinde değişikliğe gidilmesi, kısa çalışma uygulamasına geçilmesi gibi uygulamalardan etkilenecek işçiler de sosyal plan ehliyetine sahiptir<sup>21</sup>. Ancak yetkili bir sendikanın bulunmadığı durumlarda işveren için sosyal plana ilişkin görüşme yürütme yükümlülüğünün dahi söz konusu olmadığı gözden

<sup>15</sup> Geiser, Thomas; "Sozialplanpflicht im schweizerischen Arbeitsrecht", *ZBJV* 153/2017, s. 817-840, s. 820.

<sup>16</sup> İsviçre hukukunda sosyal plan toplu iş sözleşmesi olarak kabul edildiğinden işverenin sendikaya üye olması halinde ehliyetin işveren sendikasına ait olacağı kabul edilmektedir. Konu hakkında bkz. Geiser, s. 821; Wildhaber, s. 434.

<sup>17</sup> Geiser, s. 827; Daetwyler, s. 14.

<sup>18</sup> RG., T. 7/11/2012, S. 28460.

<sup>19</sup> Söz konusu hükme göre; "Toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendika; işyerinde işçi sayısı elliye kadar ise bir, elli bir ile yüz arasında ise en çok iki, yüz bir ile beş yüz arasında ise en çok üç, beş yüz bir ile bin arasında ise en çok dört, bin bir ile iki bin arasında ise en çok altı, iki binden fazla ise en çok sekiz işyeri sendika temsilcisini işyerinde çalışan üyeleri arasından atayarak on beş gün içinde kimliklerini işverene bildirir. Bunlardan biri baş temsilci olarak görevlendirilebilir. Temsilcilerin görevi, sendikanın yetkisi süresince devam eder."

<sup>20</sup> Türk hukukunda sosyal plan teriminin geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Tekinalp, s. 1087.

<sup>21</sup> Daetwyler, s. 14.

kaçırılmamalıdır<sup>22</sup>. Öte yandan sosyal planın tarafının işçi olması durumunda, çalışma koşullarında değişikliğe ilişkin İş Kanunu m. 22 hükmünün de dikkate alınması gerekmektedir.

İsviçre hukukunda işçi tarafının sosyal plana taraf olma ehliyeti, kademeli olarak belirlenmiş durumdadır. Dolayısıyla işveren, sosyal planın karşı tarafını serbestçe seçmemekte, kanunda öngörülen sıraya denk düşen karşı tarafla sosyal plan yapmakla yükümlü tutulmaktadır<sup>23</sup>. İsviçre Borçlar Kanunu m. 335i'nin 3. fıkrasına göre sosyal plana taraf olma ehliyeti ilk olarak, toplu iş sözleşmesine taraf olan işçi sendikasına aittir<sup>24</sup>. Toplu iş sözleşmesi tarafı bir işçi sendikasının bulunmaması halinde sosyal plana ilişkin görüşmeleri yürütecek ve sonunda sosyal planı imzalayacak olan işçi temsilcisidir. İşçi temsilcisinin de bulunmaması halinde toplu işçi çıkarmadan etkilenecek olan işçiler, doğrudan sosyal plana taraf olma ehliyetine sahip olmaktadır<sup>25</sup>. İsviçre Borçlar Kanunu m. 335i düzenlemesinde açıkça işçi sendikasının, işçi temsilcisinin yahut işçilerin, sosyal plan görüşmelerinde uzmanlardan yararlanabileceği belirtilmektedir. Buna göre sosyal plan görüşmelerinde işçi tarafının mali müşavir, avukat gibi profesyonellerden yardım alması mümkündür<sup>26</sup>.

Alman hukukunda sosyal planın işçi tarafını her durumda işçi temsilciliği kurulu (*Betriebsrat*) oluşturmaktadır. Bunun temelinde sosyal planın, toplu iş sözleşmesi değil de İşletme Teşkilatı Yasası'nda (BetrVG) düzenlenen bir işletme anlaşması (*Betriebsvereinbarung*) niteliği taşıması yer almaktadır<sup>27</sup>.

### III. Sosyal Planın Hukuki Niteliği

Sosyal planın hukuki niteliği, işçi tarafında kimin bulunduğu göre değişiklik göstermektedir<sup>28</sup>. Sosyal planın işçi tarafında yetkili işçi sendikasının bulunması halinde sosyal plan, kapsamındaki tüm işçiler üzerinde normatif etki göstermektedir. Başka bir deyişle sosyal plan, tarafı olmamakla beraber toplu işçi çıkarmanın olumsuz ekonomik ve sosyal sonuçlarından etkilenecek tüm işçiler hakkında<sup>29</sup> doğrudan uygulanabilir bir hukuk kaynağı teşkil etmektedir<sup>30</sup>. Diğer yandan sosyal planda kararlaştırılan hükümler, iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler olduğundan, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri ile benzer nitelik taşımaktadır. Ancak bu benzerliklerine rağmen yetkili işçi sendikası tarafından yapılan sosyal planın, toplu iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira en temelde “toplular iş sözleşmesinin tekliği ilkesi”<sup>31</sup>, toplu iş sözleşmesi bulunan ya da toplu iş sözleşmesi için yetki alınan bir işyerinde sosyal plan adı altında ayrı bir toplu iş sözleşmesi yapılmasını engellemektedir. Nitekim 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu<sup>32</sup> m. 35/4'e göre, “*Toplu iş sözleşmesi süresinin*

<sup>22</sup> Süzek, Sarper; *İş Hukuku*, 18. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2019, s. 590.

<sup>23</sup> Guidici, N. 121.

<sup>24</sup> Daetwyler, s. 13; Geiser, s. 821.

<sup>25</sup> Daetwyler, s. 14; Geiser, s. 824.

<sup>26</sup> Daetwyler, s. 14.

<sup>27</sup> ErfK/Kania, BetrVG §§ 112, 112a, Rn. 13; Junker, Rn. 789; Besgen, Nicolai; “BetrVG § 112”, in *BeckOK Arbeitsrecht* (Christian Rolfs/Richard Giesen/Ralf Kreikebohm/Miriam Messling/Peter Udsching (Hrsg.)), 59. Edition, C. H. Beck, 01.03.2021, Rn. 12; Gündoğdu/Kaplan, s. 163.

<sup>28</sup> Wildhaber, s. 428.

<sup>29</sup> ErfK/Kania, BetrVG §§ 112, 112a, Rn. 19.

<sup>30</sup> Junker, Rn. 789.

<sup>31</sup> Toplu iş sözleşmesinin tekliği ilkesi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 973-974.

<sup>32</sup> RG. T. 7/11/2012, S. 28460.

*bitmesinden önceki yüz yirmi gün içinde, yeni sözleşme için yetki başvurusunda bulunulabilir. Ancak, yapılacak toplu iş sözleşmesi önceki sözleşme sona ermedikçe yürürlüğe giremez.”* Bir an için sosyal planın, toplu iş sözleşmesinin taraflarca anlaşılabilir olarak değiştirilmesi kapsamında değerlendirilerek, sosyal plan hükümlerinin toplu iş sözleşmesinin içeriğine dâhil olduğu düşünülebilir. Zira toplu iş sözleşmesi taraflarının, toplu iş sözleşmesinin süresi dışında kalan hükümlerini anlaşmak suretiyle her zaman değiştirmeleri mümkündür<sup>33</sup>. Ancak İş Kanunu m. 29/4 gereğince henüz toplu iş sözleşmesi imzalanmamasına rağmen işçi sendikasının yetki kazandığı ve işyeri sendika temsilcisi atadığı durumlarda da, sosyal plan yapılması mümkündür ki bu durumda toplu iş sözleşmesinin bağtlanmasına ilişkin usul şartlarının aranmayacağı açıktır<sup>34</sup>.

Kanaatimizce sosyal planın işçi tarafını yetkili işçi sendikasının oluşturduğu durumlarda sosyal plan, örgütlenme özgürlüğü ile sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde yapılan kolektif nitelikte bir sözleşme<sup>35</sup> niteliği taşımakta ve bu haliyle mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu<sup>36</sup> m. 316’da<sup>37</sup> düzenlenen umumi mukaveleyi<sup>38</sup> andırmaktadır. Her ne kadar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>39</sup> ile beraber, umumi mukaveleye ilişkin düzenlemeler yürürlükten kalkmışsa da TTK’da açıkça sosyal plandan söz edilmesi karşısında sosyal plan taraflarının sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sosyal plan şeklinde bir kolektif sözleşme yapmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu takdirde sosyal plan ile toplu iş sözleşmesi arasındaki çatışma, yararlılık ilkesi<sup>40</sup> çerçevesinde çözümlenecektir.

Sosyal planın yetkili işçi sendikası ile değil de doğrudan doğruya toplu işçi çıkarmadan etkilenecek işçilerle yapılması durumunda ise normatif etki göstermesi söz konusu olmamakta; sosyal plan, yalnızca tarafı olan işçi(ler) hakkında hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Bu takdirde sosyal plan, bireysel iş sözleşmesinin eki niteliği kazanmaktadır.

İsviçre hukukunda işçi tarafını yetkili işçi sendikasının oluşturduğu durumlarda sosyal planın toplu iş sözleşmesi (*Gesamtsarbeitsvertrag*) niteliği taşıdığı belirtilmektedir<sup>41</sup>. İşçi tarafını işçi temsilcisinin oluşturduğu durumlarda sosyal plan, işletme yönetmeliği (*Betriebsordnung*) olarak kabul edilmektedir. İşçi tarafında işçilerin bulunması halindeyse sosyal plan, bireysel iş sözleşmesinin eki hüviyetine sahip olmaktadır<sup>42</sup>.

<sup>33</sup> Ekmekçi, s. 341; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 1002.

<sup>34</sup> Toplu iş sözleşmesinin bağtlanmasına ilişkin usul şartları hakkında detaylı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 956 vd.; Ekmekçi, s. 282 vd.

<sup>35</sup> Aksu, Mustafa; “Borçlar Kanunu’nun 316 ve 317’inci Maddelerinde Düzenlenmiş Olan Umumi Mukavelenin Yürürlük Sorunu”, *İÜHFİM*, C. LVIII, S. 1-2, s. 99-148, s. 124.

<sup>36</sup> RG., T. 29/04/1926, S. 359.

<sup>37</sup> Söz konusu hükme göre; “*İş sahibi kimselerin veya cemiyetlerinin, işçilerle veya cemiyetleriyle yaptıkları mukavelede hizmete mütaallik hükümler vazolunabilir.*”

<sup>38</sup> Umumi mukavele hakkında detaylı bilgi için bkz. Aksu, s. 99 vd.

<sup>39</sup> RG., T. 4/2/2011, S. 27836.

<sup>40</sup> Yararlılık ilkesine göre, farklı hukuk kaynaklarındaki benzer hükümler gruplandırılarak, işçi açısından objektif anlamda hangi gruptaki hükümlerin daha lehe olduğu tespit edilir ve daha lehe olan gruptaki hükümler bir bütün halinde iş ilişkisi için uygulanır. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 963 vd.; Ekmekçi, s. 358 vd.

<sup>41</sup> Daetwyler, s. 18; Geiser, s. 825; Wildhaber, s. 428; Giudici, N. 58.

<sup>42</sup> Giudici, N. 59; Daetwyler, s. 19; Geiser, s. 825-826; Wildhaber, s. 429.



Alman hukukunda sosyal plan, işletme anlaşması (*Betriebsvereinbarung*) niteliğindedir<sup>43</sup>. Alman hukukunda toplu iş sözleşmesinin yer bakımından kapsamında bulunan işyerlerinde de sosyal plan yapılması kabul edilmekte ve sosyal plan ile toplu iş sözleşmesinin benzer hükümleri arasındaki çatışma yararlılık ilkesine göre çözüme kavuşturulmaktadır<sup>44</sup>.

#### IV. Sosyal Planın İçeriği

Sosyal planın içeriği, aynen toplu iş sözleşmesinde olduğu gibi zorunlu içerik ve isteğe bağlı (ihtiyari) içerik olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>45</sup>. Sosyal plan bakımından isteğe bağlı içerikten çok zorunlu içerik önem taşımaktadır. Sosyal planın zorunlu içeriğine ilişkin kanunda bir sınır öngörülmemiş olsa da<sup>46</sup>, konu itibarıyla bu içeriğin sınırlanmış olduğu görülmektedir. Nitekim tanımından da anlaşıldığı üzere sosyal planda; işten çıkarmaların önlenmesine, işten çıkarılanların sayısının azaltılmasına ve işten çıkarmanın olumsuz sonuçlarının hafifletilmesine ilişkin önlemlere yer verilmesi gerekmektedir. Buna göre sosyal planda daha sonra incelenecek sınırlara uygun davranılması kaydıyla işten çıkarmaların önlenmesi, işten çıkarılanların sayısının azaltılması ve işten çıkarmanın olumsuz sonuçlarının hafifletilmesi amaçlarına hizmet eden her türden önleme yer verilebilir<sup>47</sup>. Önemle ifade edilmelidir ki sosyal planın içeriğinde her üç türden önleme de yer verilmesi şeklinde bir zorunluluk bulunmamaktadır; örneğin işverenin ekonomik açıdan güçlü olmaması nedeniyle hiçbir durumda işten çıkarmaların önlenemeyeceği açıksa, yalnızca işten çıkarmanın olumsuz sonuçlarının hafifletilmesine ilişkin önlemlere yer verilebilir. Ancak sosyal planın öncelikli amacının, işten çıkarmaların önlenmesi olduğu gözetilirse, bu nitelikte hükümlerin sosyal planda bulunmasına çaba gösterilmesinde fayda bulunmaktadır. Diğer yandan sosyal planda paraya ilişkin konularda hüküm bulunması, başka bir deyişle işverenin mali bir edim üstlenmesi gibi bir zorunluluk da söz konusu değildir<sup>48</sup>. Örneğin çalışma sürelerinin düzenlenmesi sayesinde toplu işçi çıkarmanın önlenebileceği bir işyerinde yalnızca bu önlemleri içeren bir sosyal plan hazırlanmasıyla yetinilebilir. Kaldı ki sosyal planda işverenin bir yükümlülük üstlenmesine de gerek bulunmamaktadır. Sözgelimi vasıflı profesyoneller açısından sözleşmenin işçi tarafından feshi halinde sözleşme sonrası rekabet yasağının sona ereceğini öngören bir sosyal plan, feshin olumsuz sonuçlarının hafifletilmesini sağlayacak bir önlem niteliği taşıyabilir<sup>49</sup>.

Sosyal planın zorunlu içeriğinde yer alabilecek önlemler, çeşitli konu başlıkları altında toplanabilmektedir. Bu önlemlerin başında, işten çıkarmaların önlenmesi ve sayısının azaltılması amacıyla alınabilecek önlemler gelmektedir. Bu kapsamda işçinin meslek içi eğitime tabi tutulması, çalıştığı işin ya da işyerinin değiştirilmesi, işyerinde çalışma sürelerinin azaltılması, fazla çalışmaların kaldırılması, kısa çalışma veya telafi çalışması uygulamasına gidilmesi, işçinin rızası alınmak suretiyle ücretinden indirimine gidilmesi, ücretsiz izin uygulamasına başvurulması yahut geçici iş ilişkisi kurulması gibi önlemler sayılabilir<sup>50</sup>. Dikkat edilirse sayılan tüm bu önlemler Yargıtay uygulamasında feshin son çare olması ilkesi kapsamında alınabilecek

<sup>43</sup> ErfK/Kania, BetrVG §§ 112, 112a, Rn. 13; Junker, Rn. 789.

<sup>44</sup> ErfK/Kania, BetrVG §§ 112, 112a, Rn. 13; BeckOK Arb/Besgen, BetrVG § 112, Rn. 12.

<sup>45</sup> Müller, Martin L.; "Sozialplaene bei Umstrukturierungen", *AJP* 2009, s. 939-948, s. 941.

<sup>46</sup> Wildhaber, s. 429.

<sup>47</sup> BeckOK Arb/Besgen, BetrVG § 112, Rn. 17; Wildhaber, s. 429; Kaellin/Stalder, s. 1019.

<sup>48</sup> Geiser, s. 825.

<sup>49</sup> Wildhaber, s. 429; Daetwyler, s. 29; Müller, s. 942.

<sup>50</sup> Daetwyler, s. 24-25; Müller, s. 942; (Urhanoglu) Cengiz, s. 149 vd.

önlemlerendir<sup>51</sup>. Bu nedenle bu türden önlemlerin alınması imkânı olmasına rağmen sosyal planda bu nitelikte hükümlere yer verilmeksizin işveren tarafından sözleşmelerin feshedilmesi, geçersiz feshin hüküm ve sonuçlarına tabi olacaktır<sup>52</sup>.

Sosyal planda yer alabilecek önlemlerin diğer bir kısmı feshin usulü ile uygulanmasına ilişkindir. Bu anlamda fesihle tenkisat kurallarına veya sosyal seçim ölçütlerine yer verilmesi<sup>53</sup>, bildirim sürelerinin işçinin lehine olacak şekilde duruma göre uzatılması ya da kısaltılması, yeni iş arama izni süresinin arttırılması sosyal planda öngörülebilecek düzenlemelerdir<sup>54</sup>.

İşverenin üstlendiği maddi edimlere ilişkin konular, sosyal planda esaslı bir yer tutmaktadır. Örneğin işçilere işten ayrılmaları nedeniyle çeşitli adlar altında tazminat ve ikramiyelerin ödenmesi, işçilere iş sözleşmesi nedeniyle tahsis edilen konutlarda oturmaya devam etmelerine izin verilmesi veya taşınma yardımı sağlanması gibi önlemler bu kapsamdadır<sup>55</sup>. Ayrıca işverenin, sosyal sigorta ilişkisi anlamında çeşitli edimler üstlenmesi de mümkündür. Örneğin sosyal planda iş sözleşmesi sona erdirilen işçilerin isteğe bağlı sigorta primlerinin işveren tarafından ödeneceği kararlaştırılabilir.

Sosyal planda yer alabilecek bir başka önlem türünü, işçinin işgücü piyasasına yeniden katılımını destekleyici faaliyetler oluşturmaktadır. Bu minvalde, işçilere eğitim olanakları sunulması, iş arama sürecinde profesyonel destek sağlanması, iş görüşmesi masraflarının karşılanması gibi önlemler sayılabilir<sup>56</sup>.

Tüm bunların dışında sosyal planda pek çok farklı önlemlere yer verilebilir. Bu bakımdan sosyal plan, taraflara gerekli önlemleri almaları noktasında yeterli esnekliği sağlayan bir hukuki enstrüman niteliği taşımaktadır<sup>57</sup>. İsviçre hukukunda da sosyal planın kanuni tanımının bilinçli olarak kısa ve genel mahiyette yapıldığı ve böylece sosyal plan taraflarına alınabilecek önlemler açısından geniş bir hareket alanı sağlandığı belirtilmektedir<sup>58</sup>. Bu nedenle gelecek dönemde Türk hukukunda sosyal plana ilişkin kanuni bir tanım yapılacak olursa bunun İsviçre hukukunda olduğu gibi kısa ve genel mahiyette yapılmasına özen gösterilmelidir. Böylece sosyal plan taraflarına alınabilecek önlemler bakımından geniş bir hareket alanı sağlanacaktır.

## V. Sosyal Planın Sınırları

Sosyal plan, taraflarına gerekli hareket alanı sağlamasına rağmen taraflar sınırsız bir serbestiye sahip değildir. Sosyal planın sınırları bakımından öncelikle konu bakımından sınırları

<sup>51</sup> Konu hakkında bkz. (Urhanoglu) Cengiz, s. 138 vd.; Süzek, s. 582 vd.

<sup>52</sup> Sosyal plan özelinde olmasa da benzer bir değerlendirme için bkz. Güzel, Ali; “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, içinde İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004, s. 15-145, s. 124.

<sup>53</sup> Alpagut, s. 105.

<sup>54</sup> Baeni, s. 91; Daetwyler, s. 26; Wildhaber, s. 429; Giudici, N. 91; (Urhanoglu) Cengiz, s. 136.

<sup>55</sup> Daetwyler, s. 26-27; Giudici, N. 91; Karaman, Hüzüme; Toplu İşçi Çıkarma, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s. 108; Alp, Mustafa; “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/1, s. 51-74, s. 65-66; Akkaşoğlu, Şeyma; Şirketlerde Birleşme, Bölünme veya Tür Değiştirmenin İş Sözleşmelerine Etkisi, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 14.

<sup>56</sup> Daetwyler, s. 28-29; Wildhaber, s. 429; Müller, s. 941; (Urhanoglu) Cengiz, s. 145.

<sup>57</sup> Daetwyler, s. 24.

<sup>58</sup> Baeni, s. 91.

üzerinde durulabilir. Zira aynen toplu iş sözleşmesinde olduğu gibi<sup>59</sup> sosyal planı diğer özel hukuk sözleşmelerinden ayırt eden unsur, amaç unsurudur. Buna göre sosyal planın zorunlu içeriğinde, toplu işten çıkarmaların önlenmesi, işten çıkarılanların sayısının azaltılması ve işten çıkarmanın olumsuz sonuçlarının azaltılması amacını taşıyan hükümler dışında başka bir düzenlemeye yer verilemez<sup>60</sup>. Başka bir deyişle sosyal plan tarafları, bu konular dışında sosyal planın zorunlu içeriğini serbestçe düzenleme hakkına sahip değillerdir.

İsviçre Borçlar Kanunu m. 335h’de sosyal planın sınırlarına özgü bir düzenlemeye yer verilmektedir. Söz konusu hükme göre, “*Sosyal plan, işletmenin varlığını tehlikeye düşüremez.*” Türk hukukunda açıkça bu yönde bir düzenleme bulunmamasına rağmen işletmenin varlığını tehlikeye düşürecek, işverenin rekabet gücünü sınırlayacak<sup>61</sup> sosyal planın, zaten TBK m. 27 ve Türk Medeni Kanunu<sup>62</sup> m. 23/2 gereğince (*kelepçeleme sözleşmeleri*) hükümsüz olduğu söylenebilir<sup>63</sup> ki bu husus sosyal planın tüm hükümleri açısından geçerlidir. Başka bir deyişle sosyal planın TBK m. 27 uyarınca, “*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkânsız olmaması*” gerekmektedir.

Sosyal plan, birçok işçiyi ilgilendiren kolektif nitelikte bir sözleşme olduğundan, sosyal planın bir diğer önemli sınırını, ayrımcılık yasakları oluşturmaktadır<sup>64</sup>. Buna göre sosyal plan tarafları sosyal planı hazırlarken ayrımcılık yasaklarına uygun davranmakla yükümlü olup, gerek doğrudan gerekse dolaylı ayrımcılık yaratacak kayıtlara sosyal planda yer vermektan kaçınmaları gerekmektedir. Ancak elbette sosyal planda ayrımcılığın haklı kılınmasını sağlayacak durumlar oluşabilmektedir. Zira ayrımcılık yasakları hiçbir durumda mutlak nitelik taşımamakta; objektif nedenlerin bulunması halinde ayrımcılık temellerine dayalı olarak hukuki işlem yapılmasına izin verilmektedir<sup>65</sup>. Bu nedenle sosyal planda tenkiset kurallarına ve sosyal seçim ölçütlerine yer verilebilir. Esasında sosyal planda öngörülen objektif koşullara dayalı tenkiset kuralları, işverenin fesihle eşit davranma borcuna uygun davranmadığına yönelik iddiaları bertaraf edici etki göstereceğinden, fesihle sıra öngören bu hükümlere sosyal planda yer verilmesinde fayda bulunmaktadır<sup>66</sup>.

Diğer yandan sosyal planda ayrımcılık oluşturmaması kaydıyla işçiler arasındaki kıdem, verimlilik, ailevi yükler (bakım yükümlülüğü), engellilik durumu gibi çeşitli farklılıklar üzerinden işverenin üstleneceği maddi edimin şartları ve miktarı değiştirilebilir<sup>67</sup>. Önemle ifade etmek gerekir ki sosyal plan bir toplu iş sözleşmesi niteliği taşımadığından STİSK m. 25/2’nin son cümlesindeki kural, sosyal plan hükümleri bakımından geçerli değildir. Başka bir deyişle STİSK m. 25/2’de yetkili sendika üyesi işçiler ile yetkili sendikaya üye olmayıp, dayanışma aidatı ödemek

<sup>59</sup> Ekmekçi, s. 204.

<sup>60</sup> ErfK/Kania, BetrVG §§ 112, 112a, Rn. 23.

<sup>61</sup> Daetwyler, s. 15.

<sup>62</sup> RG. T. 8/12/2001, S. 24607.

<sup>63</sup> İsviçre hukuk doktrininde de bu düzenleme bulunmasa dahi sosyal planın anlam ve amacından işletmenin varlığının tehlikeye düşürülemeyeceği sonucu çıkarılabileceği belirtilmektedir (BK/Rehbinder-Stöckli, Art. 335h, N. 7).

<sup>64</sup> ErfK/Kania, BetrVG §§ 112, 112a, Rn. 24; BeckOK Arb/Besgen, BetrVG § 112, Rn. 19; Baeni, s. 91; Daetwyler, s. 24.

<sup>65</sup> Türe, Gökhan; *İş Sözleşmesinin Kurulması*, LYKEION Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 249.

<sup>66</sup> Doktrinde bir görüşe göre de toplu işçi çıkarmada işyeri sendika temsilcileriyle yapılacak görüşmenin öncelikli amaçlarından birisini sosyal seçim ölçütleri belirlenmesi oluşturmaktadır (Alpagut, s. 105).

<sup>67</sup> BeckOK Arb/Besgen, BetrVG § 112, Rn. 20; Daetwyler, s. 31-32; Güzel, s. 125.

suretiyle de toplu iş sözleşmesinden yararlanmayan işçiler arasında ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesiyle ayırım yapılmasını mümkün kılan kural, sosyal plan hakkında uygulanamaz. Dolayısıyla yetkili sendika üyesi işçiler ile sendikaya üye olmayan ya da ayrı bir sendikaya üye olan işçiler arasında sosyal planda işverenin üstlendiği maddi edimler bakımından ayırım yapılamaz.

## VI. Sosyal Plana İlişkin Kanuni Yükümlülük

Türk hukukunda sosyal plana ilişkin kanuni bir yükümlülüğün öngörüldüğü yegâne düzenleme, daha önce de değinilen İş Kanunu m. 29'da yer almaktadır. Buna göre, işletme gerekleri nedeniyle toplu işçi çıkarmak isteyen işveren, *“bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile, işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirir (f. 1). Bildirimden sonra işyeri sendika temsilcileri ile işveren arasında yapılacak görüşmelerde, toplu işçi çıkarmanın önlenmesi ya da çıkarılacak işçi sayısının azaltılması yahut çıkarmanın işçiler açısından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi konuları ele alınır. Görüşmelerin sonunda, toplantının yapıldığını gösteren bir belge düzenlenir (f. 4).”*

İşyeri sendika temsilcileri ile görüşme yükümlülüğü, İş Kanunu m. 29/2 anlamında toplu işçi çıkarma sayılan tüm işten çıkarmalar açısından geçerlidir. Söz konusu hükme göre; *“İşyerinde çalışan işçi sayısı: a) 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10 işçinin, b) 101 ile 300 işçi arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin, c) 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin, işine 17 nci madde uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi toplu işçi çıkarma sayılır.”*

Buna göre yirmiden fazla işçinin çalıştığı ve İş Kanunu m. 29/2'de öngörülen sayıda<sup>68</sup> işçinin işletme gerekleriyle bir aylık süre içerisinde çıkarılmasının planlandığı işyerlerinde işverenin, toplu işçi çıkarmadan önce işyeri sendika temsilcileri ile görüşmesi zorunludur. İşverenin görüşme sürdürme yükümlülüğü bulunmaktaysa da, yapılan görüşmelerde bir sonuca ulaşılması, bir diğer ifadeyle sosyal plan yapılması gibi bir yükümlülük bulunmamaktadır<sup>69</sup>. Nitekim bu nedenle doktrinde sosyal plana ilişkin görüşme sürdürme yükümlülüğünün bir bilgi verme ve danışma toplantısı niteliği taşıdığı belirtilmektedir<sup>70</sup>. Öte yandan sosyal plana ilişkin görüşme yükümlülüğü kanuni bir yükümlülük olduğundan işverenin, sosyal plan yapmak istememesine rağmen görüşmelere katılmış olması, sözleşme öncesi kusur sorumluluğu kapsamında da değerlendirilemez.

Türk hukukundaki bu duruma karşın İsviçre<sup>71</sup> ve Alman<sup>72</sup> hukuklarında işveren açısından sosyal plan yapma yükümlülüğü söz konusudur<sup>73</sup>. Bu ülke hukuklarında sosyal plan yapma yükümlülüğü her türden toplu işçi çıkarma için değil, belli sayıda işçi çalıştıran işverenler açısından bulunmaktadır. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu m. 335i'ye göre, sosyal plana ilişkin

<sup>68</sup> Söz konusu hükme göre; *“İşyerinde çalışan işçi sayısı: a) 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10 işçinin, b) 101 ile 300 işçi arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin, c) 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin, işine 17 nci madde uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi toplu işçi çıkarma sayılır.”*

<sup>69</sup> Süzek, s. 590.

<sup>70</sup> Güzel, s. 125; (Urhanoglu) Cengiz, s. 134; Çelik/Caniklioglu/Canbolat, s. 638; Süzek, s. 590.

<sup>71</sup> Geiser, s. 829; Daetwyler, s. 12; Kaellin/Stalder, s. 1020

<sup>72</sup> BeckOK Arb/Besgen, BetrVG § 112, Rn. 16.

<sup>73</sup> Diğer ülke hukukları hakkında detaylı bilgi için bkz. Güzel, s. 126; Karaman, s. 107 vd.

görüşme sürdürme ve sosyal plan yapma yükümlülüğü en az 250 işçi çalıştıran ve 30 gün içinde en az 30 işçinin sözleşmesini işçiden kaynaklanan sebepler dışında feshetmek isteyen işveren açısından geçerlidir. Alman hukukunda ise İşletme Teşkilatı Kanunu § 111 uyarınca oy hakkı bulunan en az 20 işçinin çalıştığı işletmelerde sosyal plan yapma yükümlülüğü mevcuttur.

Kanaatimizce sosyal planın ekonomik ve sosyal açıdan katkıları göz önüne alınırsa Türk hukukunda tüm toplu işçi çıkarmalar açısından olmasa da belli büyüklükteki işyerleri açısından sosyal plan yapma yükümlülüğü getirilmelidir. İşyerlerinin hangi büyüklükte olması halinde bu yükümlülüğün söz konusu olacağı noktasında ise İş Kanunu m. 29/2(c) hükmünden yararlanılabilir. Buna göre “301 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az 30 işçinin işine işletme gerekleri nedeniyle ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi”nin planlanması halinde işverenin işyeri sendika temsilcileriyle, yetkili bir sendikanın bulunmadığı durumlardaysa toplu işçi çıkarmadan etkilenecek işçiler ile doğrudan sosyal plan yapma yükümlülüğü bulunmalıdır.

## SONUÇ

Türk hukukunun bir kavram olarak sosyal plan ile tanışması, Türk Ticaret Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle olmuşsa da, sosyal plan mahiyeti itibariyle Türk hukukuna yabancı bir kurum değildir. Gerçekten de toplu iş sözleşmesinde yer verilen tenkisat kuralları, sosyal seçim ölçütleri ve toplu işçi çıkarmadan önce işyeri sendika temsilcileriyle görüşme yükümlülüğü, sosyal planın içeriğine dâhil hususlardır. Özellikle İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki sosyal plana ilişkin tanım incelendiğinde, bunun içeriğinin İş Kanunu m. 29/4’te düzenlenen işyeri sendika temsilcileriyle görüşme yükümlülüğü ile özdeş olduğu görülmektedir. Buna göre Türk hukukunda, toplu işçi çıkarmanın planlandığı işyerlerinde işverenin, işten çıkarmaların önlenmesi, işten çıkarılanların sayısının azaltılması yahut işten çıkarmanın olumsuz sonuçlarının giderilmesi veya hafifletilmesi amacıyla sosyal plan bağitlanmasına yönelik görüşme sürdürme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Sosyal plan, bir sözleşme niteliği taşımaktadır ve bir tarafını işveren, diğer tarafını ise işçi(ler) oluşturmaktadır. İşverenin sendikaya üye olduğu durumlarda da sosyal plan ehliyeti işverene ait olmaya devam edecektir. Sosyal planın işçi tarafında ise kural olarak yetkili işçi sendikası bulunmaktadır. Ancak sosyal planın işçilerin lehine olan bir sözleşme niteliği taşıdığı göz önünde bulundurulursa, yetkili işçi sendikasının bulunmadığı durumlarda, sosyal plan ehliyetine doğrudan doğruya toplu işçi çıkarmadan etkilenecek işçiler sahip olmalıdır.

Sosyal planın işçi tarafında yetkili işçi sendikasının bulunduğu durumlarda sosyal plan, toplu işçi çıkarmadan etkilenecek işçiler bakımından normatif etkiye sahip olmaktadır. Ancak bu takdirde dahi toplu iş sözleşmesinin tekliği ilkesi ve sosyal plan bağitlanırken toplu iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin usul şartlarına uyma zorunluluğunun bulunmaması, sosyal planın toplu iş sözleşmesi olarak kabul edilmesini engellemektedir. Bu nedenle işçi tarafında yetkili işçi sendikasının bulunduğu durumlarda sosyal planın, örgütlenme özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğü bağlamında yapılan kolektif nitelikte bir sözleşme olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Sosyal planın işçi tarafında doğrudan doğruya toplu işçi çıkarmadan etkilenecek işçilerin bulunması durumunda, sosyal plan normatif etkiye sahip olmamakta; sosyal plana taraf olan işçiler açısından bireysel iş sözleşmesinin eki niteliği taşımaktadır.



Sosyal planda, işten çıkarmaların önlenmesi, işten çıkarılanların sayısının azaltılması yahut işten çıkarmanın olumsuz sonuçlarının giderilmesi amacını taşıyan her türden düzenlemeye yer verilebilir. Bu bakımdan sosyal plan taraflarına, toplu işçi çıkarmanın olumsuz ekonomik ve sosyal sonuçlarının giderilmesi noktasında yeterli esnekliği sağlamaktadır. Ancak elbette sosyal plan tarafları, sosyal planın içeriğini belirlerken sınırsız bir hareket serbestisine sahip değildir. Bu anlamda sosyal plan taraflarının, sosyal planın amacı dışında bir hüküm kararlaştırmaları, işletmenin varlığını tehlikeye düşürmeleri, ayrımcılık yasaklarına aykırı davranışları ve genel olarak sözleşmelerin hükümsüzlüğüne ilişkin TBK m. 27'ye aykırı hükümlere yer vermeleri mümkün değildir.

Türk hukukunun aksine İsviçre ve Alman hukuklarında yalnızca sosyal plana ilişkin görüşme sürdürme yükümlülüğü değil, aynı zamanda sosyal plan yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Sosyal planın çalışma hayatında üstlenebileceği fonksiyonlar ve çalışma barışına sunacağı katkılar göz önüne alınırsa, Türk hukukunda da sosyal plan yapma yükümlülüğünün öngörülmesi gerekmektedir. Ancak bunun her türden toplu işçi çıkarma açısından değil, belli büyüklükteki işyerleri açısından kabul edilmesinde fayda bulunmaktadır. Bu anlamda İş Kanunu m. 29/2(c)'den yararlanmak suretiyle, 301 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az 30 işçinin işine işletme gerekleri nedeniyle ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesinin planlanması halinde işveren için sosyal plan yapma yükümlülüğü getirilmelidir.

## KAYNAKÇA

Akkaşoğlu, Şeyma; Şirketlerde Birleşme, Bölünme veya Tür Değiştirmenin İş Sözleşmelerine Etkisi, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Alp, Mustafa; “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/1, s. 51-74.

Aksu, Mustafa; “Borçlar Kanunu’nun 316 ve 317’inci Maddelerinde Düzenlenmiş Olan Umumi Mukavelenin Yürürlük Sorunu”, *İÜHFM*, C. LVIII, S. 1-2, s. 99-148.

Alpagut, Gülsevil; “İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 4, Aralık 2006, s. 95-105.

Baeni, Eva-Maria; “Sozialplanpflicht und weitere Auswirkungen des Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht”, *ArbR*, 2013, s. 19-103.

Besgen, Nicolai; “BetrVG § 112”, in *BeckOK Arbeitsrecht* (Christian Rolfs/Richard Giesen/Ralf Kreikebohm/Miriam Messling/Peter Udsching (Hrsg.)), 59. Edition, C. H. Beck, 01.03.2021.

Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat; *İş Hukuku Dersleri*, 32. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2019.

Daetwyler, Valerie; *Sozialplan in der Schweiz aus arbeitsrechtlicher Sicht*, Dike Verlag, Zürich, 2019.

Ekmekçi, Ömer; *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Geiser, Thomas; “Sozialplanpflicht im schweizerischen Arbeitsrecht”, *ZBJV*, 153/2017, s. 817-840.

Giudici, Camilla; *Der Sozialplan in einer vergleichenden europaeischen Perspektive –Unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz, Deutschlands und Italiens*, Staempfli Verlag, Bern, 2019.

Gündoğdu, Gökmen/Kaplan, Hasan Ali; “İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Yeni Türk Ticaret Kanunu m. 147 f. 2-i Hükmünde Öngörülen ‘Sosyal Plan’ Kavramı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 24, Aralık 2011, s. 160-171.

Gürsoy, Kemal Tahir; “İşverenin Sorumluluğu (BK. 332, İş K. 73)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1974, C. 31, S. 1-4, s. 185-198.

Güzel, Ali; “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, içinde İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004, s. 15-145.

Junker, Abbo; *Grundkurs Arbeitsrecht*, 17. Auflage, C. H. Beck Verlag, Münih, 2018.

Kaellin, Thomas/Stalder, Noelle; “Massenentlassung und Sozialplan”, *AJP*, 2018, s. 1014-1022.

Kania, Thomas; “BetrVG §§ 112, 112a”, içinde *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt (Hrsg.)), 21. Auflage, C. H. Beck Verlag, Münih, 2021.

Karaman, Hüzüme; *Toplu İşçi Çıkarma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş; *İş Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Müller, Martin L.; “Sozialplaene bei Umstrukturierungen”, *AJP*, 2009, s. 939-948.

Oğuzman, Kemal; “İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu”, Y. 1968, C. 34, S. 1-4, s. 322-342.

Rehbinder, Manfred/Stöckli, Jean-Fritz; “Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR”, içinde *Berner Kommentar* (Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.)), 2. Auflage, Staempfli Verlag, Bern, 2014.

Süzek, Sarper; *İş Hukuku*, 18. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2019.

Tekinalp, Ünal; “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Sosyal Plan”, içinde *İş Dünyası ve Hukuk*, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 1082-1092.

Türe, Gökhan; *İş Sözleşmesinin Kurulması*, LYKEION Yayıncılık, Ankara, 2021.

(Urhanoglu) Cengiz, İftar; *Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

Vogel, Alexander/Heiz, Christoph/Behnisch, Urs R./Sieber, Andrea/Opel, Andrea; “Art. 14 Fusionsbericht” içinde *OFK-FusG Kommentar*, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürih, 2017.

Wildhaber, Isabelle; “Die neue Sozialplanpflicht – für die Praxis ein Buch mit sieben Siegeln”, *AJP*, 2015, s. 427-436.

## Adi Konkordato Çerçevesinde “Kayyım”

Nurullah BAL 

Arş. Gör. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, [nurullah.bal@hbv.edu.tr](mailto:nurullah.bal@hbv.edu.tr), (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	Öz
<b>Makale Geçmişi</b> <b>Geliş: 15.07.2021</b> <b>Kabul: 16.08.2021</b> <b>Yayın: 24.08.2021</b>	<p>İcra ve İflâs Kanunu m. 306/2 uyarınca tasdik kararında, tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli bir kayyım tayin edilebilir. Başarılı bir konkordato uygulaması açısından konkordatonun bireysel-kamusal amaçlarına ulaşılabilmesi için, projenin uygulanma sürecinde alacaklıların ve kamunun menfaatlerinin gözetilmesi noktasında kayyım büyük önem arz etmektedir. Bu önemine rağmen, kayyım ile ilgili mevzuat hükümlerinin sınırlı olması nedeniyle, kayyımın atanması, hukukî niteliği, görevleri, hakları, yetkileri, yükümlülükleri, sorumluluğu ve işlemlerine karşı başvuru yolları gibi konularda öğretilerde ve uygulamada farklılıklar mevcuttur. Kayyım, prensip olarak alacaklılara yönelik teminat öngörülmediğinden alacaklıların menfaatinin gözetilmesi, bu surette de projenin icrasının güvence altına alınması amacıyla atanmaktadır. Bu itibarla kayyım atanması, tedbir mahiyetinde bir karardır. Konkordatonun kamu düzenine ilişkin niteliği ve projenin uygulanma sürecinde kayyımın yapacağı görevin niteliği göz önüne alındığında, kayyım, iyileştirme-yeniden yapılandırma hukukuna özgü kamu görevlisidir. Kayyım, her ne kadar açıkça düzenlenmiş olmasa da işin gerektirdiği donanımına sahip alanında uzman kişilerden olmalıdır. Dahası profesyonel yönetim-denetim kuruluşları da kayyım olarak atanabilmelidir. Kanun'da açıklık bulunmasa da kayyımın işlemlerine karşı asliye ticaret mahkemesine şikâyet yoluyla başvurulabilir. Kayyımın görev, hak ve yetkileri; her somut olayda proje kapsamındaki ihtiyaca göre mahkeme tarafından sınırlı olarak belirlenmeli ve tasdik kararında açıkça belirtilmelidir. Zira konkordatonun uygulanma sürecinde borçlunun tasarruf yetkisi asıl olup, borçlu işlemlerini serbestçe yönetebilmelidir. Tasdik kararında kayyımın görevleri açıkça belirlenmediği müddetçe, kanun gereği yalnızca işletmenin durumu ve borçların ödeme kabiliyetinin muhafaza edilip edilmediğine yönelik rapor sunmakla yetkilendirilmiş olduğundan, yalnızca denetimle görevlendirilmiş olduğu kabul edilmelidir. Kayyımın göreviyle ilgili hukuka aykırı fiilleri nedeniyle hukukî ve cezai sorumluluğu bulunmaktadır.</p>
<b>Anahtar Kelimeler:</b> İcra-İflâs Hukuku, Konkordato, Kayyım, Tasdik Kararı, Konkordato Projesi.	

### “Trustee” within The Scope of Ordinary Concordat

Article Info	Abstract
<b>Article History</b> <b>Received: 15.07.2021</b> <b>Accepted: 16.08.2021</b> <b>Published: 24.08.2021</b>	<p>Pursuant to Enforcement and Bankruptcy Code art. 306/2, in the attestation decision, a trustee may be appointed to take the necessary oversight, management and liquidation measures to ensure the fulfillment of the approved concordat. In terms of a successful concordat implementation, the trustee has great importance in order to achieve the individual-public interests by securing the benefits of the creditors and the public during the implementation of the project. Despite this importance, there are differences in doctrine and practice on issues such as the appointment of the trustee, trustee's legal nature, duties, rights, powers, obligations, responsibilities and remedies against his actions, due to the limited provisions of the legislation regarding the trustee. The trustee is appointed in order to protect the interests of the creditors, and thus to secure the execution of the project, since no assurance is foreseen for the creditors in principle. In this respect, the appointment of a trustee is a precautionary decision. Considering the legal nature of concordat regarding public order and legal nature of trustee's missions in the implementation period of concordat, the trustee is a public official specific to the law of improvement-restructuring. Even though it is not specifically regulated, the trustee should be an expert who has the necessary qualifications. Furthermore, also the professional management-audit firms should be able to be appointed as trustee. Although there is no clarity in the Code, it is possible to complain to the commercial court against the actions of the trustee. Duties, rights and powers of the trustee, should be determined in each concrete case by the court in a limited way according to the need within the scope of the project and should be clearly stated in the approval decision. Because in the implementation process of the concordat, the debtor's power of disposition is essential and the debtor should be able to manage the actions freely. Unless the duties of the trustee are clearly specified in the attestation decision, pursuant to the Code, it should be assumed that the trustee is only assigned to audit and authorized only to report the condition of the business and whether its solvency is maintained. The trustee has civil and criminal responsibility due to unlawful acts related to duties.</p>
<b>Keywords:</b> Enforcement- Bankruptcy Law, Concordat, Trustee, Attestation Decision, Concordat Project.	

**Atıf/Citation:** Bal, N. (2021). Adi Konkordato Çerçevesinde “Kayyım”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), s. 390-414.

**Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



“This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)”

\* Bu makale, 28-29-30 Mayıs 2021 tarihlerinde 7. Uluslararası Asoscongress Hukuk Sempozyumu kapsamında sunulan özet bildirisinin genişletilmiş hâlidir.

## GİRİŞ

Konkordato, vadesi gelmiş borçların ödenememesi veya vadesi geldiğinde ödenememe tehlikesinin olması hâlinde, borçluya karşı cebri icra takiplerinin artması, özellikle de iflâsa tâbi borçluların iflâsın ağır sonuçları neticesinde ekonomik düzen içinde varlığını kaybetmesi gibi olumsuzlukların önlenmesi amacıyla kabul edilmiş bir iyileştirme yöntemidir. Nitekim konkordato kapsamında borçlu ve alacaklılar, kanunda öngörülen şartlar çerçevesinde mahkeme nezdinde anlaşmakta; bu surette borçların tasfiyesi ve işletmenin malî durumunun düzeltilmesi imkânı öngörülmektedir<sup>1</sup>. Konkordato kurumu bu yapısı itibariyle, borçların yeniden yapılandırılarak tasfiyesini ve malî durumun düzeltilmesini sağlamak bakımından borçlunun menfaatlerinin korunmasına hizmet etmektedir. Ayrıca konkordato, borçlu ile alacaklıların kişisel ve ticari itibarlarının korunması, ticari ilişkilerinin güven içerisinde devam ettirilmesi ve olası bir iflâs karşısında alacaklıların alacaklarına tamamen kavuşamama veya konkordatoya nazaran daha az kavuşabilme riskinin bertaraf edilmesi bakımından alacaklıların da menfaatindedir<sup>2</sup>. Bu bakımdan konkordato, ekonomik düzen içerisinde ticari ilişkilerin devamına sağladığı katkı açısından kamusal menfaatleri de haizdir<sup>3</sup>.

Konkordatonun bu yapısı itibariyle kendisinden beklenen amaç ve faydaları sağlayabilmesi, kuşkusuz başarılı bir şekilde uygulanmasına bağlıdır<sup>4</sup>. Bu doğrultuda konkordatonun tasdikine kadar olan süreçte mahkeme nezdinde gerçekleştirilen işlemler kapsamında, mühlet kararları ve bu kararlara bağlanan sonuçlar düzenlenmiş ve menfaatlerin dengelenmesine yönelik birtakım önlemler alınmıştır. Ne var ki konkordatonun kendisinden beklenen faydayı sağlayabilmesi, nihai olarak projenin başarılı bir şekilde uygulanması suretiyle olabilecektir. Zira tasdik edildikten sonra uygulanmayan veya uygulanamayan bir konkordato, ne borçlunun ne alacaklıların ne de kamunun menfaatlerini tatmin edebilecektir. Dolayısıyla başarılı bir konkordato uygulaması, kaçınılmaz olarak tasdikten sonraki dönem için de kanun koyucu tarafından menfaatlerin korunmasına yönelik birtakım önlemler alınmasını gerektirmektedir<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Sarısözen, M. Serhat. *Konkordato*, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 99-101.

<sup>2</sup> Altay, Sümer / Eskiocak, Ali. *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 42.

<sup>3</sup> Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin. *İcra İflâs Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 618.

<sup>4</sup> Nitekim geçmişte konkordato ve iflâsın ertelenmesi bağlamında, ilgili kurumların yapısal ve uygulamadan kaynaklanan sorunlar nedeniyle başarılı uygulanamamış; dolayısıyla ilgili kurumların, kendilerinden beklenen amaçların gerçekleştirilmesinden ziyade daha da zararlı sonuçlar doğurduğu tecrübe edilmiştir. Pekcanitez, Hakan. “Genel Değerlendirme”, *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Ed. Prof. Dr. Muhammet Özkes, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 145-147. (Pekcanitez - Genel Değerlendirme). Ayrıca bkz. Akyürek, Ayhan / Akyürek, Remziye. *Konkordato Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 44 vd., 117 vd. Bu doğrultuda iflâsın ertelenmesinin yürürlükten kaldırılışı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sarısözen, s. 85 vd.

<sup>5</sup> Bu bağlamda konkordato, taleple başlayan ve konkordato kapsamında yükümlülüklerin gerçekleştirilmesiyle son bulan bir süreç olup, tasdik kararının öncesi ve sonrası bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Bu hususa ilişkin olarak 4949 sayılı Kanun öncesinde, tasdikten sonraki süreç için de komiser bağlamında düzenlemeler yapılarak menfaatlerin korunması gerektiği yönünde bkz. Tanrıver, Süha. “Konkordato Prosedürünün Islahı İle İlgili Bazı Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2001, C. 50, S. 3, s. 1-9, s. 8, (Tanrıver, Düşünceler).

Kaldı ki konkordatonun kamu hukuku karakteri<sup>6</sup> de projenin uygulanma sürecinde özellikle alacaklıların ve kamunun, borçlunun insafına terk edilmemesini gerektirmektedir<sup>7</sup>.

Bu çerçevede, konkordatonun tasdikinden sonra projenin uygulanma sürecinde, alacaklıların kendilerine karşı proje hükümlerinin yerine getirilmemesi nedeniyle konkordatonun kısmen, kötü niyet sebebiyle de tamamen feshini isteyebilmelerine yönelik düzenlemelerle yetinilmemiş; tasdik kararıyla birlikte görev ifa etmek üzere kayyım atanabileceği yönünde düzenlemeler de sevk edilmiştir. 4949 sayılı Kanun<sup>8</sup> m. 82 ile değiştirilen İcra ve İflâs Kanunu (İİK) m. 303/3, c.2,3’de “*Kararda komiser veya uzman bir kişi tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevlendirilebilir. Bu takdirde görevlendirilen kişi, borçlunun işletmesinin durumu ve borçlarını konkordato projesi uyarınca ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediği konusunda iki ayda bir tasdik kararını veren mahkemeye rapor tevdi eder; alacaklılar bu raporu inceleyebilirler*” hükmüyle bu yönde Türk hukukundaki ilk düzenleme yapılmıştır. 7151 sayılı Kanun<sup>9</sup> ile yeniden düzenlenen konkordato hükümleri bakımından ise m. 306/2’de “*Kararda, tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli bir kayyım tayin edilebilir. Bu takdirde kayyım, borçlunun işletmesinin durumu ve proje uyarınca borçlarını ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediği konusunda iki ayda bir tasdik kararını veren mahkemeye rapor verir; alacaklılar bu raporu inceleyebilirler.*” düzenlemesiyle, projenin uygulanma sürecinde görev ifa etmek üzere kayyım atanabileceğine yer verilmiştir.

Kanun koyucu tarafından tasdik kararının akabinde konkordato hükümlerinin uygulanması bakımından görevli tayin edilebilmesine yönelik bu düzenlemelerin arkasında, konkordato kurumuna yönelik yeni bakış açısı yatmaktadır. Zira konkordato kurumuna ilişkin “dürüst borçlulara verilmiş lütf” olarak özetlenen borçluya ilişkin sübjektif yaklaşımdan, işletmenin devamlılığı ve iyileştirme anlayışının ön plana alınarak objektif bir yaklaşımla alacaklıların ve kamunun menfaatlerinin benimsendiği görülmektedir<sup>10</sup>. Bu bakımdan başarılı bir konkordato uygulamasının gerçekleştirilebilmesi amacıyla, proje hükümlerinin uygulanması açısından tayin edilebilecek kayyım, oldukça önem arz etmektedir. Ayrıca konkordatonun, iflâs ertelenmenin yürürlükten kaldırılması ve mevcut konkordato hükümlerinin kapsamlı bir şekilde yeniden

<sup>6</sup> Konkordatonun hukukî niteliği öğretilerde tartışmalıdır. Sözleşme görüşü uyarınca konkordato, borçlu ile alacaklıların aralarındaki sözleşme niteliğindedir. Bu görüş, olumsuz oy kullanmış alacaklıların durumunu ortaya koymadığından eleştirilmektedir. Diğer bir görüş konkordatoya bağlanan hukukî sonuçların ancak mahkeme hükmüyle ortaya çıktığına dayanarak konkordatonun mahkeme hükmü niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş de konkordatonun temelinde borçlu ile alacaklıların anlaşmaları çerçevesinde iradelerin etkisini yok saydığından eleştiriye açıktır. Bununla birlikte gerek Türk gerekse de İsviçre hukukunda hâkim görüş, bizce de isabetli olarak, konkordatonun Kanun’da öngörülen şartların yerine getirilmesiyle cebrî icra usullerinin yerine geçen, iflâsa benzemekle birlikte iflâstan ayrı özellikler gösteren ve bu çerçevede iflâsa nazaran hafifletilmiş kolektif bir cebrî icra müessesesidir. Bu çerçevede konkordato ne maddi hukuk kurumu ne de usûl hukuku sözleşmesi niteliğinde olup, konkordatonun amaçları da dikkate alındığında kamu hukuku karakterini haiz olduğu ifade edilebilir. Pekcanitez, Hakan / Erdönmez, Güray. *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 4-6; Altay / Eskiocak, s. 22-23; Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 618.

<sup>7</sup> Taşpınar Ayvaz, Sema. “Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Yıl 2003, C. 22, S. 2, s. 49-92, s. 87-88, (Taşpınar Ayvaz, Değişiklikler).

<sup>8</sup> Resmî Gazete, T. 30.07.2003, S. 25184.

<sup>9</sup> Resmî Gazete, T. 15.03.2018, S. 30361.

<sup>10</sup> Namli, Mert. “Türk ve İsviçre Hukuku’nda Gerçekleştirilen Reformların Konkordato Hukuku Bakımından Getirdiği Değişiklikler”, *Yargıtay Dergisi*, Yıl 2018, C. 44, S. 4, s. 1479-1552, s. 1486 vd.



düzenlenmesi suretiyle Türk hukukundaki temel iyileştirme yöntemi hâline geldiği de dikkate alındığında, nihai olarak kendisinden beklenen faydayı sağlayabilmesi açısından konkordatonun tasdikinden sonraki süreçte görev almak üzere atanabilecek kayyımın bu bakımdan da önem taşıdığını belirtmek gerekir.

### I. Kayyım Kavramı

Arapça kökenli bir sözcük olarak “kayyım” kavramı Türk dil kurumu tarafından elektronik olarak yayınlanan Güncel Türkçe Sözlük kayıtlarında bulunmamakta; bunun yerine “kayyum<sup>11</sup>” kavramının anlamı verilmektedir. Kelime anlamıyla kayyumun ise, “*cami hademesi*” anlamına geldiği belirtilmektedir<sup>12</sup>, bununla birlikte hukuk terimi olarak “*kanunla belirlenmiş hâllerde belli bir malın yönetilmesi veya belli bir işin yapılması için görevlendirilen kimse*” anlamına geldiği ifade edilmektedir<sup>13</sup>. Hukuk literatüründe de kayyım, “*belli bir malın yönetilmesi veya belli bir işin yapılması için görevlendirilen kimse*” olarak tanımlanmaktadır<sup>14</sup>. Şu hâlde kayyım kelimesinin genel olarak “yönetmek, idare etmekle görevlendirilen kişi” anlamlarına geldiği ifade edilebilir.

Öğretide, tasdik öncesi dönemde komiser ifadesi kullanılırken, tasdikten sonra konkordatonun uygulanması sürecine ilişkin olarak İİK m. 306/2 hükmünde “kayyım” kavramının tercih edilmesi eleştirilmiştir<sup>15</sup>. Buna karşılık kayyım kavramının kullanılmasının bilinçli bir tercih olduğu, zira tasdikten sonraki sürecin mahiyetinin farklı olduğu, dolayısıyla atanacak görevlinin görev ve yükümlülükleri bakımından farklı esasların geçerli olacağı vurgulanması amacıyla bu yönde tercihte bulunulduğu ifade edilmiştir<sup>16</sup>. Türk hukuku bakımından 7101 sayılı Kanun değişikliklerinden önceki İİK m. 303/3, c.2 hükmünde, mehzaz İsviçre İİK m. 314/2 hükmüne uygun şekilde komiser veya uzman kişi deyimi kullanılmaktayken, 7101 sayılı Kanun ile İİK m. 306/2 hükmünde kayyım kavramının tercih edilmesinin bilinçli olduğu açıktır. Ayrıca konkordatonun tasdikinden sonraki uygulanma sürecinden sonra görev almak üzere atanabilecek görevlinin, yetki ve yükümlülüklerinin farklı olacağı da şüpheden uzaktır. Ancak ne var ki yukarıda da ifade olunduğu üzere kayyım kavramı, daha çok yönetim, bir malın idare edilmesi amacıyla görevlendirilen kişi anlamını çağrıştırmaktadır. Oysa konkordatonun uygulanma sürecinde, asıl olan borçlunun işlerinin ve işletmenin başında olması, tasarruf yetkisini herhangi bir kısıtlamaya tâbi olmaksızın kullanabilmesidir. Konkordatonun tasdikinden önceki süreçte dahi kural olarak borçlunun işlerinin başında olması esası benimsenmiş ve mühlet kararlarıyla birlikte atanan komiserin açıkça düzenlenmedikçe yönetim yetkisinin olmadığı belirtilmişken<sup>17</sup>, tasdikten

<sup>11</sup> Esasen kelimenin doğru yazımı, Türk Dil Kurumu tarafından da kabul edildiği üzere “kayyum” şeklindedir. Ancak kanun koyucunun İİK m. 306/2 hükmünde “kayyım” yönündeki yazımı tercih etmiş olması nedeniyle, çalışmada hükme uygun şekilde kayyım kavramının kullanılması benimsenmiştir.

<sup>12</sup> Bununla birlikte İslâmî literatürde, El-Kayyûm şeklinde Allah’ın isimlerinden birisi olarak “doğrulup ayakta durmak, devam ve sebat etmek, bir işin idaresini üzerine almak, gözetip korumak” anlamındaki kıyâm kökünden türediği ve “her şeyin varlığı kendisine bağlı olan, kâinatı idare eden” anlamına geldiği belirtilmektedir. <https://islamansiklopedisi.org.tr/kayyum>, E.T. 11.07.2021.

<sup>13</sup> Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>.

<sup>14</sup> Türk Hukuk Kurumu. *Türk Hukuk Lüğatı*, Maarif Matbaası, Ankara 1944, s. 194; Kayhan Çetin, Özlem. *İflâsın Ertelenmesi Bağlamında Kayyımlık*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 33.

<sup>15</sup> Pekcanitez / Erdönmez, s. 142.

<sup>16</sup> Budak, Ali Cem / Kale, Serdar. *Öztek – Konkordato Şerhi*, m. 306, No. 5, s. 382.

<sup>17</sup> Atalı, Murat. “Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları”, *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Ed. Prof. Dr. Muhammet Özkes, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 85-109, s. 96; Altay / Eskioçak, s. 210-211.

sonraki süreçte görev alacak kişi açısından kullanılan kavramın, daha çok yönetim ve idare etme anlamına gelen kayyım olarak belirlenmesinin yerinde olmadığını düşünmekteyiz<sup>18</sup>.

## II. Kayyım Atanması

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki İcra ve İflâs Kanunu'nun 306/2 hükmünün lafzından da anlaşılacağı üzere kayyım atanması zorunlu değildir<sup>19</sup>. Bir başka ifadeyle kayyım atanması bakımından hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla hâkim, tasdik yargılamasında takdir yetkisi kapsamında yapacağı incelemeye istinaden kayyım görevlendirilmesine ihtiyaç olduğuna kanaat getirdiğinde, herhangi bir taleple bağlı olmaksızın kayyım atayabilecektir<sup>20</sup>.

Öte yandan her ne kadar Kanun'da açıkça düzenlenmiş olmasa da hâkim, alacaklıların talebi üzerine de kayyım atanmasına karar verebilir. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki hâkim, alacaklıların talebiyle bağlı değildir<sup>21</sup>. Bir başka ifadeyle hâkim, takdir yetkisi kapsamında somut olayın özelliklerini dikkate alarak, kayyım atanmasını gerektirir bir hâl bulunmadığına kanaat getirirse, alacaklıların talebini reddedebilecektir. Zira projenin uygulanma sürecinde aslolan, borçlunun proje kapsamında tasarruf yetkisini haiz olarak ve herhangi bir sınırlamaya veya denetime tâbi olmaksızın yükümlülüklerini bizzat yerine getirmesidir.

Hâkimin alacaklıların talebi üzerine kayyım atayabilmesine ilişkin olarak değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da, proje kapsamında borçlu ile alacaklıların kayyımı belirlemeleri hâlinde, hâkimin bu taleple bağlı olmadığıdır. Bir başka ifadeyle borçlunun projede projenin uygulanması bakımından görevli bir kişiyi alacaklıların onayına sunması ve alacaklıların projeyi onaylaması suretiyle borçlu ile alacaklılar hâkimi bağlayıcı şekilde kayyım belirlemesi yapılabilecek midir? Kanımızca bu durumda konkordato kurumunun özü itibarıyla borçlu ile alacaklıların anlaşması üzerine kurulduğundan hareketle öncelikle proje kapsamında kayyım belirlemesinin yapılabileceğini kabul etmek gerekir. Ancak bu belirleme hâkim açısından bağlayıcı olmamalıdır. Zira hâkim, tasdik yargılamasında, projede gerekli görülen düzenlemelerin yapılmasını isteme yetkisine sahiptir (İİK m. 305/2). Ayrıca kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde tedbir mahiyetindeki kayyım atanması bakımından da hâkim, üzerinde anlaşılmış kayyımla bağlı olmaksızın kayyımı değiştirebilmelidir. Nitekim İsviçre öğretisinde de, konkordato projesinde eksikliklerin tamamlanması noktasında belirlenen görevlinin, gerekli nitelikleri taşıyorsa, bağımsızlık açısından sorunlar söz konusuysa veya çoğunluğa sahip alacaklıysa, belirlenen kişi üzerinde soru işaretleri-itirazlar varsa değiştirmesi gerektiği haklı olarak vurgulanmaktadır<sup>22</sup>. Ancak, borçlu ve alacaklıların proje kapsamında bir görevli tayin edilmesi konusunda anlaşmış olmaları hâlinde, kanaatimizce burada hâkimin takdir yetkisi, sadece belirlenen kayyımın görev, yetki ve sorumluluklar yönünden taşınması gereken kriterleri haiz olup

<sup>18</sup> Nitekim iflâsın ertelenmesi kurumu bakımından kayyım kavramının tercih edilmesinin, kayyımın salt denetim ve muhafaza etmenin yanı sıra idare ve temsil etme mahiyetinde anlam ifade ettiği, bu bakımdan görev kapsamı çerçevesinde kayyım tarafından yapılan/yapılacak işe uygun olduğu yönünde ve karşılaştırmak için bkz. Ermenek, İbrahim. *İflâsın Ertelenmesi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 299.

<sup>19</sup> Budak / Kale, m. 306, No. 5, s. 382.

<sup>20</sup> Pekcanitez / Erdönmez, s. 141. Guggisberg, Jürg / Hardmeier, Hans Ulrich. *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010, Art. 314, Rn. 51, s. 2696.

<sup>21</sup> Hunkeler, Daniel / Wohl, Georg J. *Kommentar Zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, Schulthess Verlag, Zürich 2017, Art. 314, Rn. 23, s. 1851.

<sup>22</sup> Guggisberg / Hardmeier, BS SchKG II, Art. 314, Rn. 52, 2696.

olmadığına ilişkin olarak belirlenen kişinin değiştirilebilmesiyle sınırlı olmalıdır. Zira borçlu ve alacaklılar projenin uygulanmasına yönelik bir görevli tayin edilmesi konusunda mutabakata varmışlarsa, evleviyetle bu yönde bir ihtiyacın var olduğu yönünde kanaat getirmiş oldukları ifade edilebilir. Dolayısıyla proje kapsamında belirleme yapılmışsa hâkim, belirlenen kayyımı değiştirebilirse de, ihtiyaç olmadığından hareketle hiç kayyım atanmamasına karar verememelidir.

Kayyım atanması bakımından tartışılması gereken bir diğer husus da kayyımın mutlaka tasdik kararıyla birlikte atanmasının zorunlu olup olmadığıdır. Bu noktada belirtmek gerekir ki Türk hukukunda konuya ilişkin kanun metninde, İsviçre hukukundan farklı olarak<sup>23</sup>, “*Kararda...*” ifadesi yer almaktadır. Bu noktada ilgili düzenlemenin lafzi yorumu itibarıyla ilk bakışta, kayyımın ancak tasdik kararıyla birlikte atanabileceği düşünülebilirse de<sup>24</sup> kanaatimizce buradaki “*kararda*” ifadesini, zaman bağlamında bir değerlendirmeden ziyade maddi bağlamda değerlendirmek gerekir. Bir diğer ifadeyle Kanun’daki “*kararda*” ifadesi, mahkemenin tasdik yargılaması çerçevesinde bütün süreci değerlendirerek, Kanun’da yer alan şartların da varlığına kanaat getirmesiyle birlikte tasdik talebini kabul etmesi üzerine kararın maddi kapsamına dâhil bir unsur olarak değerlendirilmelidir. Yoksa zaman itibarıyla değerlendirilmek suretiyle kayyım atanmasına karar verilecekse bunun ancak ve mutlaka tasdik kararıyla birlikte olabileceği şeklinde değerlendirilmesi, eksik ve hatalı sonuçlara yol açabilecektir.

Şöyle ki, her şeyden önce kayyım atanmasındaki amaç, giriş bölümünde de ifade edildiği üzere, projenin gerçekleştirilebilmesi bağlamında özellikle alacaklıların ve başarılı bir konkordato uygulaması bağlamında kamunun menfaatlerinin korunmasıdır<sup>25</sup>. Dolayısıyla bu ihtiyaç, pek tabiidir ki projenin uygulanma sürecinde borçlunun yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirememesi veya bu yönde gereken donanımına sahip olmadığından sonradan ortaya çıkması üzerine ilerleyen aşamalarda da ortaya çıkabilir. Dolayısıyla her ne kadar açık düzenleme bulunmasa da tasdik kararı verilmesinden sonra da alacaklıların veya borçlunun talebiyle kayyım tayin edilebilmesi gerekir. Ayrıca bilindiği üzere tasdikten sonraki süreç bakımından, proje hükümlerinin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle konkordatonun kısmen feshine ilişkin İİK m. 308/e ve kötü niyet nedeniyle konkordatonun tamamen feshine yönelik İİK m. 308/f hükümleriyle alacaklıların menfaati gözetilmektedir. Ancak alacaklıların menfaatinin sadece bu yönde olacağını düşünmek de hatalı olabilecektir. Zira özellikle borçlunun projeden doğan yükümlülüklerini yerine getirebilmek bakımından gerekli donanımı taşımadığı hâllerde, alacaklıların projenin uygulanmasına devam edilmesini ve uygulanmadığından gerekli tedbirlerin alınması amacıyla kayyım atanmasını isteme yönünde hukukî yararları olabilir. Aksi hâlde alacaklılar, projenin kısmen veya tamamen feshiyle birlikte projeye bağlı olmaktan kurtulacak ve fakat alacaklarına ulaşma bakımından deyim yerindeyse en başa geri dönecektir. Hatta olası bir iflâs hâlinde

<sup>23</sup> Bununla birlikte İsviçre Hukuku’nda ilgili hükümde, doğrudan kararda ifadesi geçmese de, maddenin başlığında Türkçe içerik anlamına gelen “*Inhalt*” kelimesine yer verilmiştir. Dolayısıyla mehaz SchKG m. 314/2 hükmünün de önceki komiser veya uzman bir kişinin tasdik kararıyla birlikte atanabileceği şeklinde anlaşılmaya müsait olduğu ifade edilebilir.

<sup>24</sup> Nitekim konuya ilişkin ulaşabildiğimiz eserlerin hemen hepsinde, kayyım atanmasına ilişkin açıklamalar kapsamında kayyımın kararlarla birlikte atanacağına yönelik ifadelere yer verilmiştir. Bkz. Pekcanitez / Erdönmez, s. 141; Budak / Kale, m. 306, No. 5, s. 382; Akil, Cenk. *Sorularla Adi Konkordato*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 206, (Akil, *Konkordato*); Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 686; Akyürek / Akyürek, s. 498.

<sup>25</sup> Doğan, Emsalgül. *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

alacaklarına hiç kavuşamama riskiyle karşı karşıya kalabilecektir. O hâlde her ne kadar tasdik kararıyla birlikte atanmamış olsa da projenin uygulanma sürecinde sonradan ortaya çıkan ihtiyaç doğrultusunda, borçlu veya alacaklıların talebiyle de kayyım atanabilmelidir.

Öte yandan bu yöndeki düşünce, kayyım atanmasına ilişkin kararın hukukî niteliğine de uygundur. Zira kayyım atanması, kabul edilmesindeki amaç, kapsam ve sonuçları dikkate alındığında, hiç kuşkusuz konkordato kurumuna özgü bir geçici hukukî himaye tedbiri niteliğindedir<sup>26</sup>. Dolayısıyla tedbir mahiyetindeki taleplere ilişkin yargılamalar neticesinde verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği, tedbire duyulan ihtiyacın sonradan ortaya çıkması hâlinde sonradan da tedbir talebinde bulunulabileceği dikkate alındığında, sonradan da kayyım atanmasına karar verilebilmesi gerektiği açıktır.

Ancak bu noktada kayyım atanmasına ilişkin kararın, tasdik kararıyla birlikte alınmaması ve fakat kayyıma duyulan ihtiyacın sonradan ortaya çıkması hâlinde hâkim tarafından resen alınıp alınamayacağı meselesi üzerinde de durulmalıdır. Bir başka ifadeyle, borçlu veya alacaklıların bu yönde herhangi bir talebi olmaksızın, kayyım atanmasının hâkim tarafından resen sonradan da yapılabilmesi mümkün müdür? Kuşkusuz, tasdik kararıyla birlikte hâkim dosyadan elini çektiğinden ve kayyım atanmaması nedeniyle işin niteliği gereği mahkemeye sunulacak herhangi bir rapor olamayacağından, hâkimin kayyım atanmasına yönelik ihtiyacı kendiliğinden tespit etmesi düşük bir ihtimal olacaktır. Ancak düşük bir ihtimal olsa da kayyım atanmasına ilişkin ihtiyacın sonradan ortaya çıktığının hâkim tarafından kendiliğinden tespit edilmesi hâlinde de kayyım atanabileceği kabul edilmelidir. Zira tasdik yargılaması, çekişmesiz yargı işi niteliğindedir (HMK m. 382/2, f, 7). Tasdik yargılaması kapsamında hâkim, konkordato kurumunun kamusal niteliği de dikkate alınarak resen araştırma yetkisini haizdir. Ayrıca aksi açıkça düzenlenmedikçe, çekişmesiz yargı işleri hakkında verilen kararlar, maddi anlamda kesin hüküm de teşkil etmemektedir (HMK m. 388). Dolayısıyla hâkimin tasdik yargılaması neticesinde karar verirken kayyım tayin etmemiş olması, sonradan da kayyım tayin edemeyeceği anlamına gelmemelidir. Bu noktada, çekişmesiz yargı işi de olsa hâkimin resen harekete geçebilmesi için açık düzenlemenin mevcut olması gerektiği, ayrıca kayyım atanmasına ilişkin kararın hukukî niteliği itibariyle geçici hukukî himaye tedbiri niteliğinde olduğu ve genel olarak geçici hukukî himaye tedbirleri bakımından da tasarruf ilkesi uyarınca taraflar veya ilgililerce talepte bulunulmasının gerektiği ileri sürülebilir. Ancak kayyım atanmasının amacının alacaklıların ve kamunun menfaatlerinin korunmasına yönelik tedbir mahiyetinde bir kararla merciin tasdik kararından sonra da projenin uygulanma sürecine de etki edebilmesi olduğundan, hâkim hâlihazırda tasdik yargılamasında talep olmasa bile kayyım atanmasına karar verebilmektedir. Dolayısıyla hem tasdik yargılamasının niteliği, hem kayyım atanması kararının tedbir mahiyeti hem de hükmün amacı dikkate alındığında hâkim tarafından resen sonradan da kayyım tayin edilebileceği kabul edilmelidir<sup>27</sup>.

Kayyımın tasdik kararından sonra da atanabilmesine ilişkin olarak değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da, konkordatonun bağlayıcılığının, tasdik kararının kesinleşmesine ertelenmesi hâlinde, bu süre devam ederken kayyım atanıp atanamayacağıdır. Bu husus, aynı zamanda kayyımın görevine başlayacağı anın belirlenmesi ile de yakından ilgilidir.

<sup>26</sup> Budak / Kale, m. 306, No.4, s. 382; Hunkeler / Wohl, SK SchKG, Art. 314, Rn. 21-22, s. 1851; Guggisberg / Hardmeier, BS SchKG II, Art. 314, Rn. 55, 2697.

<sup>27</sup> Guggisberg / Hardmeier, BS SchKG II, Art. 314, Rn. 52, 2696.

Konkordatonun tasdiki kararıyla birlikte, aksi düzenlenmedikçe kesin mühletin sonuçları ortadan kalkacak ve komiser veya komiserlerin görevi son bulacaktır<sup>28</sup>. Kayyım atanmasının varlık sebebi de, tasdik kararıyla birlikte mühlet kararının etkilerinin ve komiserin görevinin de sona ermesi dolayısıyla, tasdik kararından sonraki süreçte özellikle alacaklıların haklarının korunmasıdır<sup>29</sup>. Şu hâlde kayyım, tasdik kararıyla birlikte mühletin etkilerinin ortadan kalkmasına ve komiserin görevinin son bulmasına bağlı olarak, alacaklıların menfaatinin korunması amacıyla ve ihtiyaç bulunduğu kanaat getirilerek tasdik kararıyla birlikte atanıp göreve başlayacaktır. Buna karşılık, Kanun’un 308/c maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca, konkordatonun bağlayıcılığı, proje çerçevesinde tasdik kararının kesinleşmesine bırakılmışsa, Kanun’da belirtilen istisnalar saklı kalmak kaydıyla mühlet kararının etkileri kesinleşmeye kadar devam edeceğinden, kayyımın bu aşamada, bir diğer ifadeyle tasdik kararından sonra ve fakat kararın kesinleşmesinden önce atanamayacağı, dolayısıyla da göreve başlayamayacağı ifade edilebilir. Zira bu durumda esasen kayyım atanmasını gerektirecek yönde proje hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık konkordatonun hükümlerinin tasdik kararının kesinleşmesiyle birlikte bağlayıcı hâle geleceğinin kararlaştırılması hâlinde, her ne kadar mühlet kararının etkilerinin kesinleşmeye kadar devam edeceği Kanun’da açıkça öngörülmüş olsa da, komiserin görevinin devam edeceği açıkça belirtilmemiştir<sup>30</sup>. Bu noktada geçici konkordato komiserinin temel görevinin konkordatonun başarıya ulaşip ulaşmayacağına ayrıntılı incelenmesi olduğu<sup>31</sup>, kesin konkordato komiserinin görevlerinin ise genel olarak tasdik öncesi aşamada Kanun’da öngörülen işlemleri gerçekleştirmek ve borçlunun işlemlerine nezaret etmek olduğu<sup>32</sup> dikkate alındığında, tasdik kararıyla birlikte komiserin görevinin sona ereceği düşünülebilir. Şu hâlde, konkordatonun bağlayıcılığı tasdik kararının kesinleşmesine bırakıldığında, mühlet etkileri devam edecek olsa da komiserin görevinin sona erdiği düşünülerek, her ne kadar prensip itibariyle icra edilecek konkordato hükümleri olmasa da borçlunun işlemlerini denetlemek üzere kayyım atanabilmesi gerektiği ifade edilebilir. Bir başka ifadeyle, konkordatonun uygulanma süreci tasdik kararının kesinleşmesiyle başlayacak olsa da, tasdik kararıyla birlikte veya tasdik kararından sonra özellikle borçlunun işlemlerinin denetlenmesi amacıyla denetim kayyımını atanabileceği de değerlendirilebilir. Şu hâlde bu konuda uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermek amacıyla, örneğin İİK m. 308/c, 1 hükmüne tasdik kararının kesinleşmesine kadar komiserin görevine devam edeceği yönünde ekleme yapılmasının uygun olacağı kanısındayız.

İcra ve İflâs Kanunu’nun m. 306/2 hükmünde açıkça belirtilmemiş ise de, kayyım, geçici-kesin mühlet süreleri boyunca başarıyla görev yapmış komiserlerden olabileceği gibi üçüncü bir kişi de olabilir. Mevaz İsviçre hukukunda bu yönde açık hüküm varken, mevcut durum itibariyle Türk hukukunda açık düzenlemenin bulunmaması, bu yönde karar alınmasına engel değildir.

<sup>28</sup> Budak / Kale, m. 306, No.4, s. 382.

<sup>29</sup> Akil, *Konkordato*, s. 206-207; Budak / Kale, m. 306, No.4, s. 382.

<sup>30</sup> Belirtmek gerekir ki açık düzenleme olmasa da dolaylı olarak da olsa komiserin görevinin devam edeceği sonucuna ulaşılabılır. Zira İİK m. 297/1 hükmünde kesin mühletin borçlu bakımından sonuçları çerçevesinde borçlunun komiserin nezaretinde altında işlemlerine devam edeceği düzenlenmiştir. Mühletin borçlu bakımından etkisi niteliğindeki bu hükmün, İİK m. 308/c, 1 ile birlikte değerlendirilmesi suretiyle komiserin görevinin devam edeceği değerlendirilebilir.

<sup>31</sup> Özekes, Muhammet. “Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı”, *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Ed. Prof. Dr. Muhammet Özekes, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 43-83, s. 79 vd.

<sup>32</sup> Atalı, s. 94-95.



Esasen kayım olarak görev yapmak üzere belirlenebilecek kişiler bakımından önem arz eden husus, atama kararının kapsamında kendisine verilecek görevleri yerine getirebilmek bakımından gerekli donanımına sahip olup olmadığıdır. Bu bağlamda öğretilerde atanacak kayımın komiserler arasından seçilebileceği<sup>33</sup>, hatta daha önce görev almış komiserin seçilmesinin uygun olacağı haklı olarak ifade edilmektedir<sup>34</sup>.

Bu itibarla kayım olarak atanabilecek kişilerde bulunması gereken özelliklerin de ortaya konması gerekmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki komiserlerden farklı olarak<sup>35</sup>, kayımın taşınması gereken nitelikler, görev, yetki ve yükümlülükleri ile sorumluluklarına dair Kanun düzenlemesi veya ikincil nitelikte herhangi bir mevzuat düzenlemesi bulunmamaktadır. Ancak aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacağı üzere komiserliğe ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla kayım bakımından da uygulanabileceği kabul edilmektedir. Buna göre komiserler bakımından İİK m. 290 ve Komiserliğe ve Alacaklılar Kuruluna Dair Yönetmelik çerçevesinde öngörülen hususlar, niteliğine uygun düştüğü ölçüde kayım bakımından da aranabilir. Esasen kayımın daha önceden konkordato kapsamında görev almış komiserler arasından seçilmesi hâlinde, doğal olarak komiserlere ilişkin düzenlemelere de uygunluk sağlanmış olacaktır. Ancak kayımın komiserler dışındaki bir kişi olarak belirlenmiş olması hâlinde, kayımın taşınması gereken nitelikler açısından uygulamada tereddütler ortaya çıkabilecektir. Örneğin kayımın, eğitim almış olmasının aranıp aranmayacağı, bilirkişilik bölge kurulları nezdinde tutulan sicilde kayıtlı kişilerden olmasının gerekip gerekmediği gibi hususlar sorun teşkil edebilir. Dolayısıyla, kayımlığa ilişkin olarak bu tereddütleri giderecek şekilde kanun ve ikincil mevzuat düzenlemelerinin yapılmasının faydalı olacağı kanısındayız. Bununla beraber mevcut durum itibarıyla bu yönde açık düzenleme bulunmasa da hiç kuşkusuz, kayımın hâkim tarafından tespit edilen ihtiyaca binaen kendisine verilecek görevleri yerine getirebilecek şekilde donanım sahibi olması gerekmektedir. Hâkim, her somut olayın özelliğine göre takdir yetkisi kapsamında kayımın gereken nitelikleri taşıdığına da kanaat getirmelidir.

Diğer yandan gerçek kişilerin kayım olarak atanabileceği şüpheden uzaktır. Ancak kayım olarak atanabilecek kişiler bakımından değerlendirilmesi önem arz eden bir diğer husus, tüzel kişilerin de kayım olarak atanıp atanamayacağıdır. Belirtmek gerekir ki her ne kadar mevzuata göre açık bir engel bulunmasa da Türk hukukunda, İsviçre’den farklı olarak<sup>36</sup> sadece gerçek kişilerin komiser olarak tayin edilebileceği ifade edilmektedir<sup>37</sup>. Kanımızca kayım

<sup>33</sup> Guggisberg / Hardmeier, BS SchKG II, Art. 314, Rn. 56, s. 2697; Akil, *Konkordato*, s. 206.

<sup>34</sup> Guggisberg / Hardmeier, BS SchKG II, Art. 314, Rn. 57, 2697; Budak / Kale, m. 306, No.5, s. 382.

<sup>35</sup> Bilindiği üzere İcra ve İflâs Kanunu’nun m. 290’uncu maddesinin 3, 4, 5 ve 6 fıkralarında komiserliğe ilişkin açık düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda İİK m. 290/6 uyarınca Konkordato Komiserliği ve Alacaklılar Kuruluna Dair Yönetmelik, 30.12.2019 tarihli ve 30671 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

<sup>36</sup> İsviçre hukukunda komiserlik hakkında geniş bilgi için bkz. Oehri, Daniel. *Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren*, Schultess Verlag, Zürich 2018. Dahası, İsviçre’de, konkordatonun uygulanma süreci için görevlendirilecek komiser veya üçüncü kişinin de tüzel kişilerden atanabileceği ifade edilmektedir. Hunkeler, Daniel. *Kurzkommentar Schuldbetreibungs und Konkursgesetz*, KUKO SchKG, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, Art. 314, Rn. 24, s. 1552; Hunkeler / Wohl, SK SchKG, Art. 314, Rn. 22, s. 1850; Guggisberg / Hardmeier, BK SchKG II, Art. 314, Rn. 68, s. 2697.

<sup>37</sup> Tanrıver, Süha. *Konkordato Komiseri*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 1993, s. 93 vd. Belirtmek gerekir ki İİK m. 290/5 uyarınca komiserler bakımından kural olarak bilirkişilik listeleri arasından seçilme esasının getirilmesiyle bilirkişiliğe paralel düzenleme yapılmıştır. Bununla birlikte Bilirkişilik Kanunu m. 2/1, b uyarınca bilirkişiye ilişkin tanımda, tüzel kişi ifadesine de yer verilmiştir. Şu hâlde tüzel kişiler de bilirkişi olabilmektedir. Buna karşılık komiserler bakımından İİK m. 290/6 uyarınca çıkarılan Yönetmelik bağlamında komiserlerde aranan nitelikler içerisinde Türk vatandaşı

bakımından komiserliğe ilişkin bu sınırlandırmadan bağımsız olarak tüzel kişilerin de kayyım atanabileceği kabul edilmelidir. Zira komiser, mühlet süresi içinde konkordato hazırlık işlemleri ve müzakere aşamasında üstlendiği önemli görevlerle konkordatonun mahkeme nezdindeki sürecin tamamlanmasında doğrudan rol oynamaktadır. Oysa kayyım, bundan sonraki aşamada projenin uygulanması noktasında alacaklıların ve kamunun menfaatlerinin gözetilmesinde gereken yönetim, gözetim ve tasfiye işlemleri üzerinde role sahiptir. Dolayısıyla kanımızca tüzel kişiler de kayyım olarak atanabilmelidir. Örneğin denetim göreviyle görevlendirilmek üzere kayyım tayin edilmesinde, bağımsız denetim kuruluşları arasından kayyım atanması yerinde ve faydalı olacaktır. Kuşkusuz gerçek kişi de olsa tüzel kişi de olsa, kayyıma duyulan ihtiyacın karşılanması ve bu surette başarılı bir konkordato uygulaması bakımından kayyımın gerekli nitelikleri haiz olması gerekir. Örneğin yönetim yetkisiyle donatılmış kayyım atanması gerekiyorsa, somut olayın özelliğine göre alanında uzman tüzel kişiler atanabilmelidir<sup>38</sup>.

Kayyım olarak atanabilecek kişilerin sayısına ilişkin olarak, her ne kadar Kanun’da “*bir kayyım*” yönünde düzenleme yapılmış ise de, duyulan ihtiyaca ve projenin kapsamına göre birden fazla da kayyımın atanabilmesi gerekir. Nitekim öğretide de kayyımın sayısının sınırlandırılmadığı ifade edilmektedir<sup>39</sup>. Ancak İİK m. 306/2, c.1 hükmünde açıkça “... görevli *bir kayyım* tayin edilebilir.” ifadesi yer aldığından, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların önlenmesi amacıyla, komiserlerde olduğu gibi kanun koyucu tarafından açık düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

### III. Kayyımın Hukukî Niteliği ve Kayyıma Uygulanabilecek Hükümler

Gerek Türk hukukunda gerekse de mehz İsviçre hukukunda, kayyımın hukukî niteliğine ilişkin doğrudan bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte kayyım atanmasına ilişkin hükmün amacı ve kayyıma yüklenen fonksiyonlar dikkate alındığında, kayyımın atipik bir icra-iflâs organı niteliğinde olduğu haklı olarak ifade edilmektedir<sup>40</sup>. Gerçekten de kayyımın kabul edilme gerekçesi, kamusal yönü ve amacı da bulunan konkordato kurumu bakımından, benimsenen amaçların sağlanmasına yönelik başarılı bir proje uygulama sürecinin gerçekleştirilmesini sağlamaktır. Dolayısıyla kayyımın kendisine yüklenen görevler bağlamında yapacağı faaliyet, kamusal niteliği bulunan çeşitli fonksiyonların gerçekleştirilmesinden oluşmaktadır. Kayyımın bu kamusal niteliği, projede taraflarca belirlenmiş olması hâlinde dahi değişmemektedir<sup>41</sup>.

olmak ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla *Tanrıver* tarafından da belirtildiği üzere vatandaşlık kavramının yalnızca gerçek kişiler bakımından söz konusu olabileceği, bu nedenle tüzel kişilerin komiser olarak atanamayacağına ilişkin düşüncenin, bugünkü pozitif mevzuatımız karşısında da geçerli olduğu ifade edilebilir. Oysa bugün bakıldığında, bağımsız ve profesyonel yönetim veya denetim kuruluşlarının da komiser ve kayyım olarak atanabilmesi gerektiği kanısındayız. Zira geçmişte konkordato ve iflâsın ertelenmesi kurumları bakımından kötü tecrübeler edinilmesinde, tamamen olmasa bile komiser ve kayyım olarak atanmış kişilerin gerekli profesyonellikten uzak ve sahip olunması gereken nitelikleri taşınamasının payı da bulunmaktadır. Akil, *Konkordato*, s. 27-31; Özekes, s. 80.

<sup>38</sup> Hunkeler / Wohl, SK SchKG, Art. 314, Rn. 22, s. 1850; Guggisberg / Hardmeier, BK SchKG II, Art. 314, Rn. 68, s. 2697.

<sup>39</sup> Budak / Kale, m. 306, No. 5, s. 382.

<sup>40</sup> Budak / Kale, m. 306, No. 6, s. 383; Pekcanitez / Erdönmez, s. 141; Kostkiewicz, Jolanta Kren. *Schuldbetreibungs- & Konkursrecht*, 2. Auflage, Schultess Verlag, Basel 2014, Rn. 1791, s. 465; Hunkeler / Wohl, SK SchKG, Art. 314, Rn. 24, s. 1851; Hunkeler, KUKO SchKG, Art. 314, Rn. 27, s. 1552-1553.

<sup>41</sup> Guggisberg / Hardmeier, BK SchKG II, Art. 314, Rn. 60, s. 2698.

Aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacağı üzere, kayyımın hak, yetki ve yükümlülükleri ile sorumluluğuna ilişkin olarak kanun koyucu herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Dolayısıyla kayyım hakkında söz konusu hususlar bakımından uygulanabilecek hükümlerin tespiti önem arz etmektedir. Bu doğrultuda, açık düzenleme bulunmadığından, benzer nitelikteki kurumlarla karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılabilir. Nitekim öğretilerde de konkordato komiserine ve tasfiye memurlarına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>42</sup>. Bu itibarla kayyım bakımından tutanak düzenleme yükümlülüğü, bizzat diğer kişi ve kurumlarla doğrudan tebligat yapabilme yetkisi, iş görme yasağı ve sözleşme ilişkisi içine girme yasağı gibi hükümlerin, kayyım bakımından da geçerli olduğu belirtilmiştir<sup>43</sup>. Esasen bu yöndeki görüşlere katılmakla birlikte, kanımızca bu değerlendirme yapılırken, her somut olayın özelliğine göre atanan kayyımın verilen görevler de dikkate alınarak sonuca varılmalıdır. Zira kanun koyucu, benzer hukukî kurumlar kapsamında atanabilecek görevlilere ilişkin öngördüğü düzenlemelerden farklı olarak, kayyım bakımından açıkça, gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevlendirilebileceğini düzenlemiştir. Bu itibarla kayyımın kıyasen uygulanabilecek hükümlerin her durumda doğrudan konkordato komiseri veya tasfiye memurlarına ilişkin hükümler olarak ele alınmasından ziyade, kayyımın verilen görevlerin kapsamı itibariyle yapacağı faaliyetin içeriği değişeceğinden, bu içeriğe göre değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır<sup>44</sup>. Buna göre, örneğin atanan kayyım, hâkim tarafından yapılan değerlendirme neticesinde borçlunun proje kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetlemekle sınırlı şekilde görevlendirilmiş olabilir. Bu durumda kayyımın, yapacağı görev itibariyle, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumundaki proje denetçisine yaklaştığı ifade edilebilir<sup>45</sup>. Dolayısıyla görev, hak yetki ve yükümlülükleri ile sorumlulukları bakımından proje denetçisi bakımından geçerli olan hükümler<sup>46</sup> ve öğretilerde ifade edilen hususlar da değerlendirilebilir<sup>47</sup>. Keza konkordato projesinin içeriğine göre tasfiye işlemleri de öngörülmüşse ve bu işlemlerin yapılması bakımından kayyımın atanmasına

<sup>42</sup> Pekcanitez / Erdönmez, 141-142; Budak / Kale, m. 306, No. 6, s. 383; Akil, *Konkordato*, s. 207. Guggisberg / Hardmeier, BK SchKG II, Art. 314, Rn. 60, s. 2698; Hunkeler / Wohl, SK SchKG, Art. 314, Rn. 24, s. 1851. 4949 sayılı Kanun ile konuya ilişkin yapılan değerlendirmeler kapsamında aynı yönde bkz. Tanrıver, Süha. “4949 Sayılı İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Adı Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 2004, s. 51, s. 67-90, s. 83, (Tanrıver, Değerlendirme).

<sup>43</sup> Guggisberg / Hardmeier, BK SchKG II, Art. 314, Rn. 62, s. 2698.

<sup>44</sup> Nitekim aşağıda da inceleneceği üzere, kayyımın gözetim yetkisi kapsamında borçlunun işlemlerine nezaret etme yetkisinin olup olmadığı ve bu çerçevede borçlunun işlemlerine izin veya icazet verme yetkisinin olup olmadığı sorunlara yol açabilecektir. Zira komiser bakımından borçlunun işlemlerine nezaret etme görevi İİK m. 290/2, b ve m. 297’de açıkça düzenlenmişken, komiserin dahi açıkça mahkeme kararıyla belirtilmedikçe nezaret etme yetkisinin kapsamına borçlunun işlemlerine onay veya icazet verme yetkisinin olmadığı ileri sürülmektedir. Burada gözetim kayyımına uygulanacak hükümlerin tespitinde doğrudan komiserin hukukî niteliği esas alınarak sonuca ulaşırsa, benzer sorunların kayyım bakımından da ortaya çıkabileceğini öngörmek gerekir.

<sup>45</sup> Bal, Nurullah. *Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasında Ara Dönem Denetçisi ve Proje Denetçisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2013, s. 76-77.

<sup>46</sup> Nitekim bu yönde İcra ve İflas Kanunu m. 309/p, 2 ve İİK m. 309/ü hükmüne istinaden 17.04.2004 tarih ve 25436 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasına Dair Yönetmelik m. 19 hükümleri değerlendirilebilir. Buna göre, örneğin anılan Yönetmeliğin 19’uncu maddesi uyarınca proje denetçisinin ücretinin belirlenmesi, bağımsız ve tarafsızlığı, borçlu ve projeden etkilenen alacaklılarla arasında menfaat ilişkisinin olmaması gibi hususlar açıkça düzenlenmiş olup, bu hükümler de denetim kayyımının bakımından dikkate alınabilir.

<sup>47</sup> Proje denetçiliği bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Taşpınar Ayvaz, Sema. *İcra-İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Yetkin Yayıncılık*, Ankara 2005, s. 352-355, (Taşpınar Ayvaz, *Yeniden Yapılandırma*); Bal, s. 111 vd.

ihtiyaç varsa, malvarlığının terki suretiyle konkordato kurumundaki tasfiye memurlarının hukukî niteliği esas alınarak değerlendirme yapılmalıdır<sup>48</sup>. Buna karşılık projenin uygulanması bağlamında, yönetim kayyımını olarak görevlendirilmesi hâlinde ise, konkordato komiserlerinin yönetim yetkisiyle donatılması (İİK m. 290/2, g; İİK m. 297/1, cümle 2) kapsamında değerlendirme yapılmalıdır<sup>49</sup>. Özetle kayyıma kıyas yoluyla uygulanabilecek hükümlerin tespitinde; her somut olayın özelliğine göre kendisine verilen görevler esas alınarak sonuca ulaşılmasının daha isabetli olacağı kanısındayız.

Bu noktada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da kayyımın işlemlerine karşı şikâyet yoluna başvurulup başvurulamayacağıdır. Nitekim benzer diğer görevlilerden farklı olarak kayyımın işlemlerine karşı şikâyet yoluna başvurulabileceğine ilişkin atıf yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak her ne kadar açık düzenleme bulunmasa da, projenin uygulanma sürecinde yerine getireceği görevler kapsamında yapacağı iş ve işlemler bakımından kayyımın herhangi bir denetime tâbi olmaması düşünülemez. Zira üstlendiği görevler itibarıyla, kanuna/kamu düzenine aykırı işlemleriyle başta alacaklılar ve kamu olmak üzere ilgililerin menfaatleri doğrudan veya dolaylı olarak ihlâl edilebilecektir. Şu hâlde, kayyımın işlemlerine karşı şikâyet yolu açıktır<sup>50</sup>. Bu noktada bir diğer önem arz eden husus, şikâyet merciin belirlenmesidir. Zira öğretide de ifade edildiği üzere şikâyet merci olarak açık düzenleme bulunmadığından, tereddütler doğabilecektir; ancak, konkordato kurumu bakımından asliye ticaret mahkemelerinin görevli olması, icra mahkemesinin görevinin kabul edilmediğinden hareketle asliye ticaret mahkemelerinin görevli olması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir<sup>51</sup>. Kaldı ki asliye ticaret mahkemesi, kayyımı doğrudan atayan merci olup aynı zamanda iki ayda bir kendisine rapor sunulan mercidir. Dolayısıyla şikâyet bakımından asliye ticaret mahkemesinin yetkili olduğunun kabulü gerekmektedir<sup>52</sup>.

#### IV. Kayyımın Görevleri

##### 1. Genel Olarak

İİK m. 306/2 düzenlemesinde, kayyımın, “*tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli*” olmak üzere tayin

<sup>48</sup> Malvarlığının terki suretiyle konkordato bağlamında tasfiye memurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akil, Cenk. “Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordatoda Konkordato Tasfiye Memuru”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 3, s. 819-858, (Akil, Tasfiye Memuru) s. 822 vd.

<sup>49</sup> Bu noktada yönetim kayyımını atanması hâlinde, kayyımın görev kapsamı itibarıyla iflâs idaresine yaklaştığı, bu bakımdan iflâs idaresine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği de akla gelebilir. Ancak kanımızca, konkordatonun hukukî niteliğine ilişkin olarak yukarıda da belirtildiği üzere konkordato iflâsa benzese de, iflâs tan daha özel bir cebri icra kurumudur. Gerçekten de iflâsta, bilindiği üzere borçlunun iflâs masasına dâhil olan malvarlığının tasfiyesiyle alacaklılar tatmin edilmektedir. Bu kapsamda iflâs idaresinin, iflâs kararıyla birlikte müflisin ortadan kalkan tasarruf yetkisini, iflâs masasının kanuni temsilcisi olarak kullanması suretiyle iflâs masasına giren malların satılması bağlamında yönetim yetkisi mevcuttur. Oysa konkordatoda, kural olarak tasdik kararının verilmesiyle birlikte konkordato hükümlerinin uygulanması sürecine geçilmekte ve proje kapsamında alacaklılara ödemeler yapılmak suretiyle alacaklılar tatmin edilmektedir. Bu bakımdan kayyım sadece icra sürecinde gerek görülüyorsa projenin uygulanması bağlamında yönetim yetkisiyle görevlendirilmektedir. Dolayısıyla kayyımın, özellikle yönetim kayyımının hukukî niteliğinin iflâs idaresine benzetilemeyeceği, buna göre de iflâs idaresine ilişkin hükümlerin kıyasen kayyıma uygulanamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir.

<sup>50</sup> Guggisberg / Hardmeier, BK SchKG II, Art. 314, Rn. 65, s. 2699; Hunkeler / Wohl, SK SchKG, Art. 314, Rn. 24, s. 1851.

<sup>51</sup> Pekcanitez / Erdönmez, s. 142; Akil, Konkordato, s. 207.

<sup>52</sup> Sarısözen, s. 518.



edilebileceği ifade edilmiştir<sup>53</sup>. Bu itibarla kayyımın görevlerinin konkordatonun yerine getirilmesi bağlamında gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almak olarak değerlendirilebileceği açıktır. Öğretide de kayyımın, tasdik edilen konkordatonun sorunsuz bir şekilde yerine getirilmesine yardımcı olmak olduğu<sup>54</sup>, kayyımın bir tür icracı görev üstlendiği<sup>55</sup> ifade edilmektedir. Dolayısıyla kayyıma ne yönde görev verilirse verilsin, temelde konkordato hükümlerinin yerine getirilmesi amacına matuf olacak şekilde görevlendirilebileceği söylenebilir. Bu noktada kayyımın görevleri bağlamında asıl üzerinde durulması gereken ve önem arz eden husus, kayyımın görev kapsamının belirlenmesidir. Bu itibarla her şeyden önce ifade etmek gerekir ki, kayyım atanmasına ilişkin kararda, kayyıma verilen görevler, açıkça belirtilmelidir<sup>56</sup>.

Kayyıma verilen görevlerin kapsam ve sınırlarının belirlenmesi bağlamında mehz İsviçre hukukundaki SchKG Art. 314/2 hükmü ve öğretide bu hükümden hareketle varılan sonuçlar da yol göstericidir. Nitekim anılan hükümde de “*konkordato hükümlerinin icrası ve uygulanmasının sağlanması amacıyla gözetim, yönetim ve tasfiye yetkilerinin önceki komiser veya üçüncü bir kişiye devredilebileceği*” yönünde düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeden hareketle İsviçre öğretisinde; gözetim yetkileri kapsamında konkordato kapsamında borçlunun yönetiminin denetlenmesi, yönetim yetkileri bağlamında konkordato hükümlerinin uygulanma süresince atanan kişinin yönetime katılması veya borçlunun bazı işlemlerine yönelik onay vermesi, tasfiye yetkileri kapsamında tasfiye işlemlerinin yapılması ve tasarruf yetkileri kapsamında ise konkordato çerçevesinde öngörülen ödemelerin gerçekleştirilmesi yönünde somut olmak ve konkordatonun uygulanması süresiyle sınırlı olmak kaydıyla geniş yetkilerin devredilebileceği ifade edilmiştir<sup>57</sup>. Buna karşılık Türk hukuku bakımından kayyımın atanabilmesine ilişkin İİK m. 306/2 hükmü, açıkça yetki devri ifadesini içermemekte; bilakis “*gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli*” ifadesini içermektedir. Dolayısıyla, Türk konkordato hukuku bağlamında kayyıma verilebilecek görevlerin kapsamının mehz İsviçre hukukundan farklı olarak dar kapsamlı olabileceği ifade edilebilir<sup>58</sup>. Öte yandan yine Türk hukuku bağlamında mehzdan farklı olarak, kayyımın, borçlunun işletmesinin durumu ve proje uyarınca borçlarını ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediği konusunda iki ayda bir tasdik kararını veren mahkemeye rapor vermesi açıkça düzenlenmiştir<sup>59</sup>. Bu düzenleme de kayyımın görevleri bağlamında kanun koyucu tarafından sınırlandırıcı bir yaklaşımın benimsendiğini, prensip olarak konkordatonun uygulanma sürecinde olması gerekenin borçlu tarafından proje hükümlerinin herhangi bir şekilde sınırlandırmaya veya denetime tâbi olmaksızın gerçekleştirilmesi, mahkemenin (ve bu bağlamda kamunun) sürecin mümkün olduğunda dışında kalması olduğunu ortaya koymaktadır<sup>60</sup>. Bu tespitin

<sup>53</sup> 7101 sayılı Kanun değişikliğinden önce konuya ilişkin İİK m. 303/3, c.2 hükmü de mevcut hükme paralel şekilde, komiser veya uzman bir kişinin “*tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla*” görevlendirilebileceği yönünde idi. Şu hâlde, konkordatonun icrası bakımından görevlendirilebilecek kişinin görev kapsamının 7101 sayılı Kanun ile esaslı şekilde değiştirildiği söylenemez.

<sup>54</sup> Budak / Kale, m. 306, No. 5, s. 382-383.

<sup>55</sup> Pekcanitez / Erdönmez, s. 141.

<sup>56</sup> Guggisberg / Hardmeier, BK SchKG II, Art. 314, Rn. 54, s. 2697; Pekcanitez / Erdönmez, s. 141.

<sup>57</sup> Taşpınar Ayvaz, Değişiklikler, s. 87. Guggisberg / Hardmeier, BK SchKG II, Art. 314, Rn. 59, s. 2698; Hunkeler / Wohl, SK SchKG, Art. 314, Rn. 23, s. 1851.

<sup>58</sup> Taşpınar Ayvaz, Değişiklikler, s. 87-88.

<sup>59</sup> Ancak kuşkusuz, görevlendirilen komiser veya üçüncü kişinin hâkimi rapor sunmak suretiyle bilgilendirmesi gerekecektir. Guggisberg / Hardmeier, BK SchKG II, Art. 314, Rn. 61, s. 2698.

<sup>60</sup> Guggisberg / Hardmeier, BK SchKG II, Art. 314, Rn. 53, s. 2696.



pratikteki önemi, sadece ihtiyaç bulunması hâlinde tedbir amaçlı kayyım atamasının yapılabileceği ve bu hâlde de kayyımın tedbir almak mahiyetindeki görev ve yetkilerinin tek tek açıkça mahkeme kararında belirtilerek sınırlarının belirlenmesi gerekliliğinde ortaya çıkmaktadır<sup>61</sup>. Aksi hâlde, tasdikten sonraki süreçte kimin ne ölçüde yetki sahibi olduğu konusunda sorunlara yol açılması ve nihayetinde konkordato hükümlerinin ifasında aksamalara neden olunması kaçınılmazdır.

## 2. Yönetim Görevi

Borçlunun konkordato projesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirebilmesi bakımından faaliyetlerin yönetilmesi noktasında ihtiyaç bulunması hâlinde, söz konusu ihtiyacı karşılayacak ölçüde birtakım işlemlerin yapılabilmesi için doğrudan yönetim kayyımı atanabilecektir. Özellikle borçlunun bilgisizliği nedeniyle yapamayabileceği düşünülen veya özel uzmanlık gerektiren işlemler, örneğin konkordato alacaklılarına hisse devrinin yapılması öngörülmüşse bu teknik işlemin yapılması bakımından yönetim kayyımının atanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>62</sup>. Bu noktada kanımızca, projenin uygulanma sürecinde asıl olan borçlunun tasarruf yetkisinin devam etmesi olduğundan, borçlunun işletmesiyle ilgili tüm işlemler bakımından yönetim kayyımı atanamamalıdır<sup>63</sup>. Yönetim kayyımı atanması hususunda özellikle hassas bir yaklaşım sergilenmeli; kayyım, yalnızca konkordatodan doğan hükümlerin icrasına yönelik spesifik işlemlerin yönetimi bakımından tedbirler almakla görevlendirilmelidir. Dolayısıyla mahkemenin kayyım atanmasına ilişkin kararında, özellikle yönetim kayyımı atanmasına ilişkin karar verilmesi hâlinde, yönetim kayyımına hangi işlemler bakımından ilgili işlemi yapma yetkisinin verildiğinin açıkça belirtilmesi<sup>64</sup>, özellikle önem arz etmektedir. Aksi hâlde yönetim yetkisinin ne ölçüde ve kimde olduğuna dair ortaya çıkabilecek tereddütler, projenin uygulanmasını sekteye uğratabilecek ve kaçınılmaz olarak borçlunun, alacaklıların ve genel anlamda kamunun menfaatlerinin ihlâline neden olabilecektir<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> Kayyım, mahkeme kararında açıkça belirtilmeyen yetkileri kullanamayacak, bu anlamda özellikle borçlu yerine geçerek hareket edemeyecektir, sadece kendisine verilen görevler dairesinde faaliyet gösterebilecektir. Guggisberg / Hardmeier, BK SchKG II, Art. 314, Rn. 61, s. 2698; Hunkere, KUKO SchKG, Art. 314, Rn. 25, s. 1552.

<sup>62</sup> Hunkeler / Wohl, SK SchKG, Art. 314, Rn. 23, s. 1851.

<sup>63</sup> Aynı yönde, Eroğlu, Orhan. *Uygulamada Konkordato*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 220.

<sup>64</sup> Pekcanitez / Erdönmez, s. 141.

<sup>65</sup> Örneğin, Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesinin E. 2018/744, K. 2019/1034, T. 13.11.2019 tarihli konkordatonun tasdiki kararında (*yayınlanmamıştır*), “...İİK m. 306/2 uyarınca tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli olarak...” ifadelerine yer verilerek kayyım tayin edilmiş, ancak tasdik kararının ardından ticaret sicili müdürlüğü tarafından kayyımın görevinin gözetim, denetim kapsamında mı yoksa yönetim kapsamında mı bulunduğu anlaşılamaması üzerine mahkemeye hükmün tavihi talebinde bulunulmuş ve tavih talebi üzerine verilen 27.12.2019 tarihli ek kararda da “...Mahkememizin 13/11/2019 tarih 2018/744 esas 2019/1034 karar sayılı kararı ile davacı şirkete tayin edilen kayyımın İİK 306/2 maddesi gereğince tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli olduğuna...” şeklinde hüküm kurulmuştur. Anılan karar kapsamında görüldüğü üzere kayyımın verilen görevin kapsamı tasdik kararında açıkça belirtilmemiş olduğundan, projenin uygulanma sürecinde ticaret sicil müdürlüğü nezdinde yaşanan tereddüt üzerine tavih talebinde bulunulmuş olsa da verilen tavih kararında dahi aynı yönde hüküm kurularak karışıklığa son verilememiştir. Bu örnekten de anlaşılacağı gibi uygulamada kayyım atanmasına ilişkin kararda, kayyımın verilen görevin kapsamının tam olarak belirlenmeksizin hüküm kurulduğu görülmekte ve konkordato hükümlerinin uygulanması sürecinde duraksamalara yol açılmaktadır. Benzer yönde tereddüt doğurabilecek kayyım atanmasına ilişkin bir başka karar için bkz. İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2018/1110, K. 2020/231, T. 29.06.2020 (verilen karar yayınlanmamış olmakla birlikte İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi’nin 17. HD, E. 2020/2350, K. 2021/221, T. 18.02.2021 sayılı kararı kapsamında ulaşılmıştır, Lexpera, E.T. 29.05.2021).

### 3. Gözetim Görevi

Kayyım, borçlunun işlemlerinin gözetlenmesine ilişkin tedbirler almakla da görevlendirilebilir. Bu hâlde, kayyımın görev kapsamı, esas itibariyle, proje kapsamındaki yükümlülüklerin borçlu tarafından usulüne uygun ve zamanında eksiksiz olarak yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesinden ibaret olacaktır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki gözetim yetkisi kapsamında, borçlunun işlemlerine eşlik etme veya sonradan onay verme gibi hususların gözetim görevi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de ortaya konulmalıdır. Nitekim öğretilerde rapor sunma yükümlülüğüne ilişkin aynı fıkranın bir sonraki cümlesinde borçlunun işletmesinin durumu ve proje uyarınca borçlarını ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediğiyle sınırlı bir düzenleme yapıldığından hareketle kayyımın, komiserden farklı olarak borçlunun işlemlerine nezaret etme yetkisinin bulunmadığı ifade edilmektedir<sup>66</sup>. Gerçekten de kayyımın borçlunun işlemlerine genel mahiyette nezaret etmekle görevlendirilmesi mümkün olmamalıdır. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, konkordato hükümlerinin uygulanması, tasdikten sonraki süreçte prensip itibariyle bizzat borçlu tarafından tasarruf yetkisi kısıtlanmaksızın gerçekleştirilmelidir<sup>67</sup>. Ancak kanımızca, gerek kayyım atanmasına yönelik hükmün amacı ve gerekse de kayyımın yönetim tedbirleri almak bakımından da görevlendirilebileceği dikkate alındığında, hâkim tedbir niteliğindeki kayyım atanmasına ilişkin karar verirken, takdir yetkisi kapsamında, ihtiyaç duyulması hâlinde borçlunun belirli bazı işlemlerinin kayyımın onayına tâbi tutulabilmesine karar verebilmelidir. Bir başka ifadeyle, gözetim yetkisi kapsamında borçlunun belirli bazı işlemlerine onay verilmesi veya bu işlemlere eşlik edilmesi şeklinde de görevlendirme yapılması mümkün olmalıdır. Yeter ki yönetim kayyımı bakımından da ifade ettiğimiz gibi, tasarruf yetkisinin borçluda kalması asıl olduğundan, bu konuda tek tek hangi yükümlülüklerin yerine getirilmesi için yapılacak işlemlerin kayyımın onayına veya iznine bağlı tutulduğu kararda belirtilmiş olsun. Ancak mahkeme kararında bu yönde açıkça belirleme yapılmadıkça, her hâlde kayyımın, komiserde olduğu gibi (İİK m. 290/2, b; m. 297/1) borçlunun işlemlerine nezaret etme görevi bulunmamaktadır<sup>68</sup>. Bu takdirde kayyımın görevi, yalnızca borçlunun konkordato hükümleri kapsamında yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin denetlenmesi manasında, tasdik edilen konkordato projesine uygun hareket edip etmediğinin ve ödeme gücünü muhafaza edip etmediğinin incelenmesi ve rapor edilmesiyle sınırlı olacaktır<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 686.

<sup>67</sup> Pekcanitez / Erdönmez, s. 142.

<sup>68</sup> Esasen “nezaret etmek” ifadesinden anlaşılması gereken, Kanun’da açık bir şekilde belirtilmemiştir. Nitekim İİK m. 290/2, b hükmü uyarınca komiserin borçlunun faaliyetlerine nezaret etmek yönünde düzenlenen görevinin kapsamı içerisinde, borçlunun tüm işlemlerinin komiserin onayına veya rızasına tâbi tutulmasının girmeyeceği ifade edilmektedir. Bu yönde mahkeme tarafından spesifik birtakım işlemler için açıkça komisere yetki verilmediği sürece, komiserin nezaret etme görevi çerçevesinde borçlunun iş ve işlemlerinin komiserin onayına veya rızasına tâbi tutulması söz konusu değildir. Atalı, s. 96. Gerçekten de İİK m. 290/2, b ile İİK m. 297 hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde, borçlu, kesin mühlet süresi içerisinde dahi Kanun’da açıkça yasaklanmış olan işlemler ve mahkemece komiserin onay veya rızasının aranması gerektiğine dair açıkça belirtilmemiş hususlar dışında tasarruf yetkisine sahiptir.

<sup>69</sup> Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 686.

#### 4. Tasfiye Görevi

Konkordato kurumu kapsamında, borçlunun sunduğu proje çerçevesinde, mali durumun iyileştirilmesine yönelik çeşitli tedbirler de planlanmış olabilir. Bu itibarla alacaklılar tarafından projenin Kanun’da öngörülen çoğunlukla kabul edilmesi ve tasdik için gerekli şartları da taşıması üzerine tasdik edilmesiyle birlikte, konkordato hükümlerinin uygulanması bağlamında tasfiye işlemlerinin yapılması da gündeme gelebilecektir. Örneğin borçlunun borca batık bir sermaye şirketi veya kooperatif olması hâlinde, malî durumun iyileştirilmesi ve pasiflerin azaltılarak borca batıklık hâlinde kurtulmaya yönelik olarak tasfiye tedbirleri öngörülmuş olabilir. Dolayısıyla proje kapsamı itibarıyla tasfiye işlemleri de gerekli kılınmışsa, söz konusu tasfiye işlemlerinin gerçekleştirilmesi bakımından kayyım görevlendirilebilecektir<sup>70</sup>. Bu takdirde de, hiç kuşkusuz, mahkeme kararında tasfiye işlemlerinin gerçekleştirilmesinde sahip olduğu hak ve yetkilerin açıkça belirtilmesi gerekecektir<sup>71</sup>.

#### V. Kayyımın Hak, Yetki ve Yükümlülükleri

Kayyım bağlamında değerlendirilmesi gereken temel hak ve yetki, ücret hakkı ve talep etme yetkisidir. Açık düzenleme bulunmasa da kayyım, doğal olarak emeğinin karşılığını alma hakkına sahiptir. Nitekim kıyasen uygulanabilecek hükümler çerçevesinde komiserler ve dolaylı olarak bilirkişilik bakımından ücret hakkı açıkça düzenlenmiş olup, kayyıma takdir edilecek ücret, hâkim tarafından belirlenmelidir. Kayyımın ücreti, işin niteliği gereği borçlu tarafından karşılanacaktır<sup>72</sup>.

Kayyımın bu çerçevede sahip olduğu diğer haklar ise, görevlendirmenin kapsamı çerçevesinde, bilgi ve belgelere erişim hakkı, ilgili kişi ve kurumlarla bizzat ve doğrudan yazışma ve tebligat yapabilme gibi haklar şeklinde belirtilebilir. Keza kayyımın yetkileri de görevlerine ve sahip olduğu haklara paralel olarak ifade edilebilir. Kayyımın yükümlülükleri ise iş görme yasağı, sözleşme yapmama yasağına uygun davranma, tarafsız davranma yükümlülüğü, reklam yasağı, edindiği bilgileri sır olarak saklama, görevini bizzat yerine getirme şeklinde ifade edilebilir<sup>73</sup>.

Bununla birlikte kayyım bakımından asıl üzerinde durulması gereken yükümlülük rapor sunma yükümlülüğüdür. Nitekim kayyım, borçlunun işletmesinin durumu ve proje uyarınca borçlarını ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediği konusunda iki ayda bir tasdik kararını veren mahkemeye rapor vermekle yükümlüdür. Bu noktada her ne kadar raporun içeriği kanun koyucu tarafından bu şekilde ifade edilmiş olsa da, kayyımın görev kapsamına ilişkin olarak yapılan işlemlere yönelik bilgileri de içermesi gerekir. Bir başka ifadeyle, raporun kapsamında belirtilen bu hususlar, sınırlı bir şekilde değil, bilakis gerçekleştirilen işlemlere yönelik bilgileri de içerecek şekilde geniş ele alınmalıdır<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Pekcanitez / Erdönmez, s. 141.

<sup>71</sup> Hunkeler / Wohl, SK SchKG, Art. 314, Rn. 23, s. 1851; Guggisberg / Hardmeier, BK SchKG II, Art. 314, Rn. 59, s. 2697-2698.

<sup>72</sup> Guggisberg / Hardmeier, BK SchKG II, Art. 314, Rn. 68, s. 2699.

<sup>73</sup> Tanrıver, Değerlendirmeler, s. 83-84.

<sup>74</sup> Nitekim İsviçre’de bu yönde açık düzenleme bulunmasa da, somut olayın özelliğine göre alacaklıların menfaatine aykırı yöndeki ilgili ve gerekli hususların rapor edilmesi/bildirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Guggisberg / Hardmeier, BK SchKG II, Art. 314, Rn. 61, s. 2698.

Kayımın rapor sunma yükümlülüğü bakımından kanun koyucu, kayımın mahkemeye sunduğu raporların alacaklılar<sup>75</sup> tarafından incelenebileceğini düzenlemekle yetinmiştir. Buna karşılık raporun hüküm ve sonuçları açısından bir düzenleme yapılmamıştır. Şu hâlde raporun konkordato sürecinin uygulanması bakımından etkisinin ortaya konulması önem arz etmektedir. Örneğin hâkimin, rapora istinaden resen bir karar alıp alamayacağı sorusu cevaplanmaya muhtaçtır. Özellikle konkordato sürecinin sona erdirilmesine veya proje içeriğinin güncellenmesine (bir diğer ifadeyle yükümlülüklerin değiştirilmesine) yönelik bir karar alınması gerektiği kanısına varırsa, hâkim resen karar alabilecek midir? Kanımızca raporun hâkim nezdindeki bağlayıcılığı, alınabilecek kararların konkordato sürecine ve özellikle alacaklılar başta olmak üzere tarafların hak ve yükümlülüklerine etki edip etmediğine ilişkin ikili bir ayırım yapılarak değerlendirilmelidir.

İlk olarak, rapor esas alınmak suretiyle konkordato sürecinin akıbetine ve bu çerçevede tarafların hak ve yükümlülüklerine yönelik sonuçlar doğuracak şekilde karar alınabilmesi mümkün değildir<sup>76</sup>. Özellikle konkordatonun kısmen veya tamamen feshi bakımından alacaklılara yetki tanınmasına ilişkin açık düzenlemeler karşısında, alacaklıların talebi olmaksızın konkordato hükümlerinin feshedilemeyeceği şüpheden uzaktır<sup>77</sup>. Keza hâkim tarafından, rapor kapsamında yapılan tespit ve değerlendirmeler neticesinde, konkordato tasdik talebinin kabulüne ilişkin kararın geri alınması suretiyle konkordatonun reddedilmesi ve borçlunun iflâsa tâbi olması hâlinde iflâsına karar verilmesi yönünde kararlar alınması da söz konusu olamayacaktır. Konkordatonun tasdiki yargılamasının çekişmesiz yargı işi niteliğinde olduğu ve aksine düzenleme bulunmadıkça maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği, hâkim tarafından resen harekete geçilerek bu tasdik kararının sonuçlarının geri alınabileceği ve konkordato sürecine son verilmesinin mümkün olacağı ifade edilerek dahi bu sonuca ulaşılamaz. Zira bütün bu hususlar, ancak açık düzenlemenin yapılması hâlinde söz konusu olabilecektir. Nitekim mühlet süresinin kaldırılması ve tasdik talebinin reddedilmesi hâllerinde, bu doğrultuda resen karar alınabilmesi yönünde açık düzenlemeler yapılmıştır (İİK m. 292/1; İİK m. 308/1). Özetle kanun koyucunun sunulan raporun alacaklılar tarafından incelenebileceğini düzenlemekle yetinmesi, kanımızca bilinçli bir tercihtir.

<sup>75</sup> Bu noktada da yalnızca alacaklılar kavramına yer verilmiş olması karşısında, raporu inceleme yetkisi olan alacaklıların kapsamına konkordatodan etkilenmeyen alacaklıların da dâhil olup olmadığı ve bu kapsamda söz konusu alacaklıların rapora istinaden mahkemeden herhangi bir talepte bulunup bulunamayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Kayımın görevi, proje hükümlerinin yerine getirilmesine yönelik olduğundan ve hazırlayacağı raporun içeriği de bu kapsamla sınırlı olacaktır. Bu bakımdan ilk bakışta, konkordatodan etkilenmeyen alacaklılara yönelik proje kapsamında herhangi bağlayıcı nitelikte bir yükümlülüğe yer verilmeyecek olması, bu alacaklıların konkordato ile bağlı olmadan alacaklarını tam olarak alabilmeleri, konkordatonun tasdikinden sonra takiplerine devam edebileceği veya takip başlatabilecekleri dikkate alındığında, özetle menfaatlerinin korunmasına ihtiyaç bulunmadığından, konkordatodan etkilenmeyen alacaklıların prensip itibarıyla raporu inceleme yetkilerinin bulunmadığı ve dolayısıyla rapora istinaden mahkemeye başvurma haklarının olmadığı düşünülebilir. Buna karşılık sınırlandırıcı bir düzenleme olmadığı, konkordato ile bağlı olsun olmasın bütün alacaklıların, genel olarak hukukî yararlarını ortaya koymak kaydıyla hak arama özgürlüğüne sahip olduklarından ve dahi başarılı bir konkordato uygulaması için konkordatonun uygulanma sürecinin dışında kalan alacaklıları da dolaylı da olsa ilgilendiren kamusal niteliğinden hareketle, söz konusu alacaklıların da raporu inceleme ve mahkemeye başvurma yetkilerinin olduğu kanısındayız. Nitekim öğretilde konkordatonun uygulanma sürecinde kayımın, görevini ifâ ederken konkordatodan etkilenmeyen alacaklıların haklarını da koruması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. Pekcanitez / Erdönmez, s. 141.

<sup>76</sup> Eroğlu, s. 220.

<sup>77</sup> Konkordatonun feshi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Taşpınar Ayvaz, Sema. “Konkordatonun Tamamen Feshi”, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı 4-6 Ekim 2018, Adalet Bakanlığı, Ankara, 2019, s. 197-205. (Taşpınar Ayvaz, Fesih)

Bu tercihin ardında, tasdik kararından sonra projenin uygulanma sürecinde kanun koyucunun hâkime, hak ve menfaatler üzerinde doğrudan sonuç doğuracak şekilde etkin konumda olduğu bir fonksiyon yüklenmemesi ve fakat sadece tedbir mahiyetinde kayyım atanmasına karar verebileceği düzenlenerek ve konkordatonun feshi açısından da alacaklılara yetki tanınarak projenin uygulanma sürecine doğrudan müdahale edilememesi anlayışı bulunmaktadır.

Buna karşılık, kayyım raporunun, atama kararında belirtilen gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerinin değiştirilmesi, kaldırılması gibi yeniden değerlendirilmesine yönelik kararlara esas alınabilmesi mümkündür. Keza rapor, kayyımın görevinin gerektirdiği nitelikleri haiz olmadığına anlaşılması veya görevini gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle kayyımın değiştirilmesi gibi hususlara yönelik karar alınmak üzere de dikkate alınabilir. Örneğin rapor neticesinde proje kapsamında yapılacak spesifik ödemeler bakımından yönetim yetkisiyle donatılmış kayyımın, söz konusu ödemeler gerçekleştirildikten sonra yalnızca projenin diğer hükümlerinin uygulanması bakımından denetim görev ve yetkileriyle sınırlandırılmasına yönelik karar alınabilir. Benzer şekilde yalnızca denetim ve rapor sunmakla görevlendirilmiş kayyımın, proje hükümlerinin uygulanmasında yönetim noktasında da ihtiyaç bulunduğu anlaşılması hâlinde yönetim tedbirlerini de kapsayacak şekilde görevlendirilmesi yönünde karar alınabilir. Bir diğer örnek olarak rapor kapsamında kayyımın görevlerini gereği gibi yerine getirmediğinin veya gerekli nitelikleri haiz olmadığına anlaşılması üzerine belirlenen kayyımın görevine son verilmesi ve başka bir kayyım görevlendirilmesi de mümkündür.<sup>78</sup>

Şu hâlde kayyımın sunduğu raporlara istinaden, konkordato sürecinin akıbetine ilişkin ve borçlu ile alacaklılar bakımından hak ve yükümlülüklerde değişiklik sonucunu doğuracak şekilde hâkim tarafından resen karar alınamayacaktır. Bu yönde kararlar ancak alacaklıların raporu incelemeleri üzerine veya doğrudan konkordatonun feshine ilişkin talepte bulunmaları hâlinde alınabilir. Buna karşılık kayyım raporu dikkate alınarak, kayyımın görev ve yetkilerinin yeniden düzenlenmesi ile görevine son verilmesi gibi hususlara yönelik olarak hâkim tarafından resen karar alınabilir. Ayrıca bu yöndeki kararların, alacaklıların raporu incelemeleri üzerine veya doğrudan yapacakları başvurularla da alınabileceği şüpheden uzaktır. Zira kayyım atanmasına yönelik karar, tedbir mahiyetindedir. Dolayısıyla, resen veya talep üzerine her zaman yeniden değerlendirilebilir.

Acaba bu noktada, sadece alacaklıların söz konusu raporları inceleyebileceğine yönelik düzenleme yapılmış olması, borçlunun raporu inceleme hakkının veya rapora istinaden birtakım kararlar alınması yönünde talepte bulunma imkânının olmadığı yönünde değerlendirilebilecek midir? Kanımızca bu konuda her ne kadar borçlunun da inceleyebileceğine yönelik açık düzenleme bulunmasa da, borçlu da ilgili raporları inceleyebilmelidir. Bu çerçevede borçlunun da raporları inceleyerek eksik veya hatalı şekilde aleyhine olan hususların düzeltilmesi veya menfaatlerinin korunması bakımından gerekli kararların alınmasını isteme hakkına sahip olduğunu önemle belirtmek gerekir. Zira kayyım atanması kararının ve kayyımın görevlerini ifa etmesinin tedbir mahiyetinde olduğu dikkate alındığında, hak ve menfaatleri bu kapsamda doğrudan etkilenen borçlu da bu tedbirlere karşı birtakım haklara sahip olmalıdır. Örneğin genel hükümler çerçevesinde durum ve koşulların değiştiğinden hareketle kayyım atanması kararının kaldırılması

<sup>78</sup> Guggisberg / Hardmeier, BK SchKG II, Art. 314, Rn. 52, s. 2696.



veya kayyımın görev kapsamının yeniden gözden geçirilmesini talep etme hakkı olduğu kanısındayız. Borçlunun da raporu inceleme ve rapora istinaden çeşitli başvuru imkânlarına sahip olması, aynı zamanda hak arama hürriyeti ve hukukî dinlenilme hakkı gibi temel hakların da bir gereğidir. Netice itibarıyla borçlu da raporu inceleme hakkına sahip olup, gerek bu inceleme neticesinde gerekse de doğrudan, kayyım atanması ve kayyımın görev ve yetkileri ile kayyımın şahsına yönelik şikâyet yolu başta olmak üzere başvuru imkânlarına sahiptir.

## VI. Kayyımın Sorumluluğu

### 1. Genel Olarak

Kayyımın cezaî, hukukî ve disiplin sorumluluğu bakımından kanun koyucu, ne açıkça bir düzenleme yapmış ne de kıyas yoluyla uygulanabilecek hükümlere dair herhangi bir atıf düzenlemesi öngörmüştür. Şu hâlde kayyımın sorumluluğu, konkordato kayyımlığının hukukî niteliğine ilişkin öğretilere ileri sürülen görüşler ve benzer kurumlara ilişkin hükümlerin yorumlanması suretiyle ortaya konmalıdır.

Kayyım, yukarıda da ifade edildiği üzere konkordatonun tasdikinden sonraki süreçte konkordato hükümlerinin uygulanması bağlamında kamusal nitelikte görevler ifa etmektedir. Dolayısıyla kayyım, kamu görevlisi olarak kabul edilmektedir<sup>79</sup>. Nitekim Türk hukukunda, konkordatonun tasdikinden sonraki süreçte yapılacak işlemler bakımından görev almak üzere tedbir mahiyetinde bir kişinin belirlenmesine yönelik düzenlemenin olmadığı dönemde, söz konusu düzenleme eksikliğinin proje kapsamında taraflarca anlaşılacak suretiyle giderilmeye çalışılsa da, bu durumda görevlendirme proje kapsamında yapıldığından özel hukuk ilişkisi mahiyetinde sonuçlar doğurduğu, projenin uygulanması sürecine ilişkin kamusal nitelikteki faaliyetlerin icrası bakımından kamusal nitelikte sonuçları doğurmadığı, örneğin görevlinin işlemlerine karşı şikâyet yoluna başvurulmadığı gibi sorunların olduğu ifade edilmiştir<sup>80</sup>. Bu bağlamda kayyımın mevcut düzenlemeye benzer nitelikteki 4949 sayılı Kanun ile getirilen ilk düzenleme ile hâkime bu konuda görevlendirme yapılabilmesine ilişkin verilen açık yetkiyle birlikte, ilgili kişinin faaliyetinin kamusal niteliğine ilişkin sorunun giderildiği ifade edilebilir. Mevcut hüküm çerçevesinde de kayyımın mahkeme tarafından atanması suretiyle görev ifa edecek olması, yapılacak faaliyetin kamusal nitelikte olduğunu ortaya koymaktadır. İsviçre hukukunda da kayyımın görevinin kamusal nitelikte olduğu, hatta mahkeme tarafından projede anlaşılacak kişinin atanması hâlinde dahi faaliyetin kamusal niteliğinin değişmediği haklı olarak belirtilmektedir<sup>81</sup>.

### 2. Kayyımın Cezaî Sorumluluğu

Kayyımın gerçekleştireceği faaliyetin kamusal niteliğinden hareketle, ceza sorumluluğu bakımından kayyım, kamu görevlisi olarak değerlendirilecektir. Bu itibarla, görevine ilişkin olarak işlediği suçlar bakımından kamu görevlisine yönelik hükümlere tâbi olacaktır. Örneğin özgü suçların faili olabilecek veya işlediği suçlar itibarıyla kamu görevlisi niteliğine bağlanan ağırlaştırıcı sebepler bağlamında hüküm kurulabilecektir. Keza kayyımın karşı işlenen suçlar

<sup>79</sup> Pekcanitez / Erdönmez, s. 141-142; Budak / Kale, m. 306, No. 6, s. 383; Akil, *Konkordato*, s. 207; Hunkeler / Wohl, SK SchKG, Art. 314, Rn. 24, s. 1851.

<sup>80</sup> Taşpınar Ayvaz, *Değişiklikler*, s. 86.

<sup>81</sup> Guggisberg / Hardmeier, BK SchKG II, Art. 314, Rn. 60, s. 2698.

bakımından da suçun kamu görevlisine karşı işlenmesi hâline ilişkin hükümler kapsamında değerlendirme yapılacaktır.

### 3. Kayyımın Hukukî Sorumluluğu

Kayyımın hukukî sorumluluğuna yönelik herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Öğretide, kayyımın uygulanacak hükümler çerçevesinde komiserliğe ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanabileceği ifade edildiğinden, kayyımın hukukî sorumluluğu bakımından komiserlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanabileceği düşünülebilir. Bu çerçevede, bilindiği üzere İİK m. 290/5 hükmü ile komiserlerin hukukî sorumluluğu bakımından iflâs idaresine ilişkin Kanun'un 227'nci maddesine atıf yapılmıştır. İflâs idaresi üyelerinin hukukî sorumluluğu ise, İİK m. 227/4 uyarınca şahsî sorumluluk yönünde düzenlenmiştir. Dolayısıyla komiserlere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması kabul edilirse, kayyımın görevleriyle ilgili sebep olmuş olduğu zararlardan şahsen sorumlu olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak kanımızca kayyımın hukukî sorumluluğu bakımından şahsen sorumlu olduklarının kabul edilmesi, sorunlara yol açabilecektir. Zira kayyım, mahkemenin tedbir mahiyetindeki kararıyla atanıp göreve başlamakta, konkordato kurumunun kamusal niteliği çerçevesinde konkordato hükümlerinin uygulanması sürecinde kendisine verilmiş kamusal görevleri yerine getirmektedir. Bu itibarla kayyımın sorumluluğu bakımından İİK m. 5 uyarınca devletin birinci derece sorumluluğunun kabul edilmesi gerektiği kanısındayız. Nitekim İsviçre'de de devletin sorumluluğu benimsenmektedir<sup>82</sup>. Devlet, kusuru bulunan kayyımın rücu edecektir. Kaldı ki komiserlerin hukukî sorumluluğu bakımından da iflâs idaresine ilişkin hükümlere atıf yapılarak şahsen sorumluluğunun benimsenmiş olması, komiserlerin seçimi, göreve gelmesi ve ifa edeceği görevler ile faaliyet gösterdikleri konkordato sürecinin mahiyeti itibarıyla iflâs idaresinden ayrıldığı, dolayısıyla devletin sorumluluğuna ilişkin İİK m. 5 hükmünün komiserler için de uygulanabilmesi gerektiği ileri sürülerek eleştirilmektedir<sup>83</sup>. Aynı düşüncelerle, kayyımın hukukî sorumluluğunun da iflâs idaresinin şahsen sorumluluğuna ilişkin düzenlemeyle bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Bu noktada esasen kayyımın görev ifa edeceği dönemin, konkordatonun tasdikinden sonraki uygulanma süreci olduğu, dolayısıyla konkordatonun tasdikine kadarki sürece nazaran mahkemenin etkisinin daha az olduğu, hatta kural olarak etkisinin olmadığı, dolayısıyla kayyım bakımından bu gerekçelerin geçerli olmadığı ileri sürülebilir. Dahası kayyımın proje kapsamında anlaşılabilir da belirlenebileceği, bu bağlamda iflâs idaresi üyelerinin esasında birinci alacaklılar toplantısında seçilenler arasından atanmasına benzediği, bu sebeple de şahsi olarak sorumlu tutulmalarının doğru olduğu ifade edilebilir. Ancak konkordatonun tasdikinden sonraki süreçte alacaklıların ve kamunun menfaatlerini korumak amacıyla kayyım atanmasına ilişkin düzenleme, kuşkusuz konkordatonun tasdikine kadar olan süreçteki kadar olmasa da, projenin uygulanması esnasında mahkemenin (kamunun) sürecin tamamen dışında olmasının istenmediğini göstermektedir. Dolayısıyla kayyımın da yapacağı görev, mahkemenin, tasdik kararıyla birlikte sürecin dışında kalmayarak, kayyım vasıtasıyla sürece dâhil olmasına yöneliktir. Bu nedenle kayyımın da tıpkı komiserler gibi kamusal görev ifa ettiği açıktır. Öte yandan atanan kayyımın borçlu ve alacaklılarca projede kararlaştırılan kişi olması hâlinde dahi, bu belirlemenin hem mahkemeyi bağlamaması hem de yapılacak faaliyetin kamusal niteliğini değiştirmemesi,

<sup>82</sup> Guggisberg / Hardmeier, BK SchKG II, Art. 314, Rn. 66-67, s. 2699.

<sup>83</sup> Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 675.

kayyımın iflâs idaresi üye adaylarının belirlenmesi süreciyle örtüşmediğini göstermektedir. Zira bilindiği üzere icra mahkemesi, iflâs idaresi üyelerinin seçilip atanması noktasında alacaklılarca belirlenen üye adaylarıyla bağlıdır; ancak asliye ticaret mahkemesi, projede belirlenen kayyım ile bağlı değildir.

Bu itibarla kayyımın hukukî sorumluluğu bakımından; iflâs idaresinin hukukî sorumluluğuna benzer şekilde şahsen sorumluluğunun kabul edilemeyeceği kanısındayız. Kayyımın niteliği, belirlenmesi ve atanma süreci, yapacağı görevlerin mahiyeti, kayyım atanmasının amacı ve bu bağlamda korunan değerler dikkate alındığında kayyımın, kamu görevi görülmesi niteliğinde mahkemeye (kamuya) yardımcı olduğu değerlendirilerek, İİK m. 5 uyarınca devletin sorumluluğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Bu noktada uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların giderilmesi amacıyla açık kanuni düzenlemenin yapılması uygun olacaktır.

#### 4. Kayyımın Disiplin Sorumluluğu

Kayyımın disiplin sorumluluğu da Kanun’da açıkça düzenlenmemiştir. Dahası, komiserlerin disiplin sorumluluğuna ilişkin de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu, kayyımın (ve dahi komiserin) herhangi bir disiplin sorumluluğu bulunmadığı anlamına gelmemelidir<sup>84</sup>. Tabiidir ki kendisini atayan asliye ticaret mahkemesi, ilgililerin itiraz ve şikâyet talepleri üzerine veya resen kayyımı görevden alabilmelidir<sup>85</sup>.

Ayrıca tıpkı komiserler gibi prensip itibarıyla bilirkişinin disiplin sorumluluğuna ilişkin hususlar kıyasen kayyım bakımından da uygulanabilecektir. Öte yandan kayyımın bir meslek mensubu olması durumunda, bağlı bulunduğu meslek birliğine ilişkin düzenlemeler uyarınca disiplin yaptırımlarının da uygulanabileceğini kabul etmek gerekir<sup>86</sup>.

#### VII. Kayyımlığın Sona Ermesi

Her şeyden önce kayyım, projenin uygulanması aşamasında tedbir amacıyla görevlendirildiğinden, projenin icra sürecinin tamamlanmasıyla kayyımın görevinin sona ereceği açıktır. Benzer şekilde kayyımın görev kapsamına ilişkin sınırlı birtakım işlemler bakımından yetkilendirilmiş olması hâlinde ilgili işlemlerin gerçekleştirilmesiyle de kayyımlık sona erer. Keza kayyımın süreli görevlendirilmiş olması, düşük de olsa imkân dâhilindedir. Bu durumda sürenin sona ermesi ve uzatılmaması hâlinde de kayyımlık sona erecektir.

Bununla birlikte kayyımın gerekli nitelikleri kaybetmesi veya hiç taşımadığının tespit edilmesi hâlinde açık düzenleme bulunmasa da kayyımın görevinin son bulacağını kabul etmek gerekir. Bu konuda mahkeme tarafından karar alınması da uygun olacaktır. Aynı şekilde kayyımın, gerekli bilgi ve tecrübeye sahip olmadığı veya tarafsız-bağımsız davranmadığı gibi sebeplerle ilgililerin itiraz ve şikâyetleri üzerine veya resen mahkeme tarafından görevine son verilebilir. Ancak bu hâllerde kuşkusuz kayyıma duyulan ihtiyacın devam etmesi durumunda, mahkeme tarafından yeni bir kayyım atanması gerekeceğinden, esasen kayyımlığın sona ermesi değil, kayyımın görevinin son bulması söz konusu olacaktır.

<sup>84</sup> Tanrıver, *Komiser*, s. 273.

<sup>85</sup> Tanrıver, *Komiser*, s. 274.

<sup>86</sup> Tanrıver, *Komiser*, s. 274.

Öte yandan kayyım, kuşkusuz istifa hakkına istinaden görevine son verilmesini talep edebilecektir. Bu durumda kayyımın istifasının, süreç bakımından olumsuz sonuçlara yol açmayacak, ilgililerin hak ve menfaatleri korunması bakımından aksamalara neden olmayacak şekilde ele alınması gerekir. Nihayet gerçek kişi kayyımın vefatı veya tüzel kişi kayyımın tüzel kişiliğinin sona ermesi hâllerinde de kayyımın görevinin sona ereceği şüpheden uzaktır. Bununla birlikte gerekiyorsa yeni kayyım atanması yoluna gidilebilecektir.

## SONUÇ

Vadesi gelmiş borçların ödenememesi veya vadesi geldiğinde ödenememe tehlikesinin bulunması hâlinde, klasik icra ve iflâs takiplerinin işletilmesi, her durumda borçlu ve alacaklıların menfaatlerine uygun düşmemektedir. Konkordato da, bu doğrultuda borçlu ve alacaklıların, Kanun’da öngörülen şartlar altında mahkeme gözetiminde anlaşarak, her iki tarafın da menfaatlerinin korunmasını amaçlayan özel bir iyileştirme kurumu niteliğindedir. Ayrıca konkordato, borç ilişkilerinin anlaşma yoluyla düzenlenmesini sağladığından, ekonomik ve ticari ilişkilerin istikrarı bağlamında kamusal faydalar da sağlamaktadır. Konkordatonun kendisinden beklenen bu amaç ve faydaları sağlayabilmesi, ancak konkordato başvurusundan tasdik sonrasında konkordato hükümlerinin uygulanıp tamamlanmasına kadar konkordatonun bir bütün olarak ele alınıp, başarılı bir konkordato sürecinin yürütülmesiyle mümkün olabilir. Konkordatonun amaçları ve kendisinden beklenen faydaları sağlamak üzere tasdik sonrası süreçte gerekli tedbirlerin alınması amacıyla atanabilecek kayyımın arz ettiği öneme istinaden hazırlanan bu çalışmada özetle şu sonuçlara ulaşılmıştır:

- Kayyım, konkordato hükümlerinin uygulanması sürecinde, özellikle alacaklıların ve dolaylı olarak da kamunun menfaatlerinin korunması amacıyla atanmaktadır. Bu bakımdan kayyım atanması, konkordato hukukuna özgü bir geçici hukukî himaye tedbiri niteliğindedir. Dolayısıyla her durumda kayyım atanması zorunlu olmayıp, hâkim tarafından konkordato hükümlerinin uygulanması sürecinde gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerinin alınmasına kanaat getirilirse, talep üzerine veya resen kayyım atanabilecektir. Dahası, her ne kadar kayyım atanması tasdik kararı kapsamında düzenlenmiş olsa da, tasdik kararından sonra da borçlu veya alacaklıların talebi üzerine veya resen atanabilmelidir.

- Kayyım olarak atanabilecek kişilere yönelik açık düzenleme yapılmamıştır. Ancak kayyımın atanmasının amacı ve yapacağı faaliyetin kapsam ve önemi dikkate alındığında, kayyımın görevin gerektirdiği uzmanlığa sahip kişiler arasından seçilmesi gerekir. Bu çerçevede konkordato sürecinde görev yapmış önceki komiserin veya başka komiserlerin arasından seçilmesi uygun olur. Ayrıca profesyonel ve bağımsız yönetim ve denetim kuruluşları da kayyım olarak atanabilmelidir. Kayyımın gerekli nitelikleri taşımaması hâlinde, talep üzerine veya resen görevden alınarak yerine başka bir kayyım atanmalıdır. Kayyım taraflarca projede anlaşmak suretiyle de belirlenebilir, ancak bu takdirde hâkim, belirlenen kayyımla bağlı değildir.

- Kayyım, kamu görevi ifa eden, konkordato kurumuna özgü atipik cebri icra organı niteliğindedir. Kayyımın taraflarca projede belirlenmiş olması dahi, bu sonucu değiştirmemektedir. Kayyıma ilişkin düzenlemelerin sınırlı olması nedeniyle, konkordato komiseri ve tasfiye memurlarına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla kayyım bakımından da uygulanabileceği ifade edilebilir. Ancak bu belirleme yapılırken, kayyıma verilen görev ve bu

görev kapsamında gerçekleştireceği faaliyetin niteliği, yetkilerinin kapsamının da dikkate alınması faydalı olacaktır.

- Kayyımın göreviyle ilgili yaptığı iş ve işlemlere karşı asliye ticaret mahkemesine şikâyet yoluyla başvurulabilir.

- Konkordato hükümlerinin uygulanmasında kural, borçlu tarafından tasarruf yetkisinin bizzat ve sınırlandırılmaksızın kullanılabilmesidir. Kayyım, konkordato hükümlerinin uygulanmasında gerekli görülen gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almak üzere atanabilir. Dolayısıyla kayyım atanması tedbir mahiyetinde olup, istisnai niteliktedir. Bu bakımdan kayyım, gerek yönetim gerekse de gözetim göreviyle atansın, her hâlde belirtilen görevlerinin kapsamına borçlunun tüm iş ve işlemlerinin yönetimi veya gözetimi girmemektedir. Kayyımın görevinin kapsamı, yalnızca konkordatonun uygulanması bakımından gerekli olan işlemlerle sınırlı olacaktır. Bu nedenle kayyım atanmasına ilişkin kararda, kayyımın görev kapsamı ve bu kapsamda sahip olduğu yetkiler açıkça belirtilmelidir. Mahkeme kararında açıkça belirtilmediği müddetçe yönetim kayyımının borçlunun tüm işlemlerini yönetme veya gözetim kayyımının borçlunun tüm iş ve işlemlerine onay veya rıza verme gibi bir yetkisi bulunmamaktadır.

- Kayyım, işletmenin durumu ve borçlunun konkordato hükümlerini yerine getirme imkânını muhafaza edip etmediğini denetleyip mahkemeye iki ayda bir rapor sunmakla yükümlüdür. İlgili rapor, konkordatoya tâbi olsun olmasın alacaklılar tarafından incelenebilir. Rapor doğrultusunda hâkim tarafından konkordatonun akıbetine ve taraflar arasındaki hak ve menfaatlara yönelik sonuç doğurmak üzere kendiliğinden karar alınamaz. Zira konkordatonun tasdikinden sonra, bu yönde ancak alacaklılara yetki tanınmıştır. Buna karşılık hâkim, rapora istinaden, gerek resen gerekse de borçlu ve alacaklıların talebi üzerine kayyıma veya kayyım atanmasına ilişkin sonuç doğuracak kararlar alabilir.

- Kayyım kamu görevi ifa ettiği için, ceza sorumluluğu bağlamında kamu görevlisi olarak addedilecektir. Kayyımın hukukî sorumluluğu ise, açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, komiserler bakımından İİK m. 290/5 uyarınca iflâs idaresi üyelerinin şahsen hukukî sorumluluğuna ilişkin İİK m. 227/4 hükmüne yapılan atıftan bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Buna göre kayyım, görev üstlendiği sürecin niteliği ve görevinin kapsamı itibarıyla iflâs idaresi üyelerinden farklı şekilde kamusal faaliyet gösterdiğinden, İİK m. 5 uyarınca işlemleri sonucunda doğan zararlardan devletin birinci derece sorumluluğu kabul edilmelidir.



## KAYNAKÇA

- Akil, Cenk. *Sorularla Adi Konkordato*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, (Akil, *Konkordato*)
- Akil, Cenk. “Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordatoda Konkordato Tasfiye Memuru”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 3, s. 819-858, (Akil, *Tasfiye Memuru*)
- Akyürek, Ayhan / Akyürek, Remziye. *Konkordato Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Altay, Sümer / Eskiocak, Ali. *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Atalı, Murat. “Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları”, *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Ed. Prof. Dr. Muhammet Özekes, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 85-109.
- Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Bal, Nurullah. *Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasında Ara Dönem Denetçisi ve Proje Denetçisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2013.
- Budak, Ali Cem / Kale, Serdar. *Öztek – Konkordato Şerhi*, *Yeni Konkordato Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Doğan, Emsalgül. *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Eroğlu, Orhan. *Uygulamada Konkordato*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Ermenek, İbrahim. *İflâsın Ertelenmesi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Guggisberg, Jürg / Hardmeier, Hans Ulrich. *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010.
- Hunkeler, Daniel / Wohl, Georg J. *Kommentar Zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, Schulthess Verlag, Zürich 2017.
- Hunkeler, Daniel. *Kurzkommentar Schuldbetreibungs und Konkursgesetz*, KUKO SchKG, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014.
- Kayhan Çetin, Özlem. *İflâsın Ertelenmesi Bağlamında Kayyımlık*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Kren Kostckiewicz, Jolanta. *Schuldbetreibungs- & Konkursrecht*, 2. Auflage, Schultess Verlag, Basel 2014.
- Namlı, Mert. “Türk ve İsviçre Hukuku’nda Gerçekleştirilen Reformların Konkordato Hukuku Bakımından Getirdiği Değişiklikler”, *Yargıtay Dergisi*, Yıl 2018, C. 44, S. 4, s. 1479-1552.
- Oehri, Daniel. *Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren*, Schultess Verlag, Zürich 2018.
- Özekes, Muhammet. “Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı”, *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Ed. Prof. Dr. Muhammet Özekes, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 43-83.
- Pekcanitez, Hakan. “Genel Değerlendirme”, *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Ed. Prof. Dr. Muhammet Özekes, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 145-147. (Pekcanitez - Genel Değerlendirme).

Pekcanitez, Hakan / Erdönmez, Güray. *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

Sarisözen, M. Serhat. *Konkordato*, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Tanrıver, Süha. “Konkordato Prosedürünün İslahı İle İlgili Bazı Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2001, C. 50, S. 3, s. 1-9, (Tanrıver, Düşünceler).

Tanrıver, Süha. “4949 Sayılı İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Adı Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 2004, S. 51, s. 67-90, (Tanrıver, Değerlendirme).

Tanrıver, Süha. *Konkordato Komiseri*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 1993.

Taşpınar Ayvaz, Sema. “Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Yıl 2003, C. 22, S. 2, s. 49-92, (Taşpınar Ayvaz, Değişiklikler).

Taşpınar Ayvaz, Sema. *İcra-İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2005, (Taşpınar Ayvaz, *Yeniden Yapılandırma*).

Taşpınar Ayvaz, Sema. “Konkordatonun Tamamen Feshi”, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı 4-6 Ekim 2018, Adalet Bakanlığı, Ankara, 2019, s. 197-205, (Taşpınar Ayvaz, Fesih).

Türk Hukuk Kurumu. *Türk Hukuk Lügati*, Maarif Matbaası, Ankara 1944.

# Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması\*

Banu Bilge SARIHAN 

Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.,  
[bbsarihan@yahoo.com](mailto:bbsarihan@yahoo.com), (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

## Makale Bilgileri

## ÖZ

### Makale Geçmişi

Geliş: 21.06.2021

Kabul: 11.08.2021

Yayın: 24.08.2021

### Anahtar Kelimeler:

Tüketici, Arabuluculuk,  
Tüketicinin Korunması  
Hakkında Kanun,  
tüketici uyuşmazlığı,  
dava şartı.

Arabuluculuk, birçok ülkede alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında en çok tercih edilen yöntemdir. Uyuşmazlıkların daha kısa sürede, daha az masrafla, daha etkili ve her iki tarafın da kazanması temeli ile çözümlenmesi amaçlandığı için son yıllarda ülkemizde de yargı sistemi içerisinde yerini almıştır. Arabuluculuğun tarafların aralarında yaşamış oldukları uyuşmazlığa ilişkin tarafsız üçüncü bir kişinin müdahalesi doğrultusunda dostane bir çözüm yöntemi olarak taraf iradesine ve gizlilik esasına dayanması da toplumda benimsenmesine katkıda bulunarak mahkemelerin iş yükünün azalması sonucunu doğurmuştur.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun kabulü ile başlangıçta tümüyle ihtiyari olarak düzenlenen arabuluculuk müessesesi, öncelikle iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, sonrasında ise ticari uyuşmazlıklarda zorunlu hale getirilmiştir. Son olarak, 28 Temmuz 2020 tarihinde Resmî Gazete 'de yayımlanan 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a "Dava şartı olarak arabuluculuk" başlığı ile "73/A" maddesi eklenerek tüketici uyuşmazlıklarında da dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı haline getirilmiştir. Ancak bu düzenlemenin istisnaları da belirlenerek, tüketici hakem heyetinin görevi kapsamındaki uyuşmazlıkların (11.330 TL'nin altında kalan uyuşmazlıklar), tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazların, TKHK. m.73/6 kapsamındaki ihtiyati tedbir davalarının, üretimin ve satışın durdurulması ve malın toplatılmasına ilişkin davalar ile tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın ayırından kaynaklanan uyuşmazlıkların, arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında olmadığı belirtilmiştir.

Tüketici hukuku hükümleri, hızla gelişen sosyal, teknolojik ve ekonomik yapı içerisindeki uyuşmazlıklarda zayıf taraf olan tüketiciyi koruyan emredici nitelikteki hükümlerdir. Bu çalışmada, öncelikle tüketici uyuşmazlıklarıyla ilgili temel kavramlar üzerinde durularak, tüketici uyuşmazlıklarında arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamı ile bu konuda getirilen istisnalar, tüketimin korunması ilkesi çerçevesinde açıklanmaya çalışılacaktır.

## The Practice of Mediation as a Case Condition in a Consumer Law Related to Disputes

## Article Info

## ABSTRACT

### Article History

Received: 21.06.2021

Accepted: 11.08.2021

Published: 24.08.2021

### Keywords:

Consumer, Mediation  
Consumer Protection Law,  
Consumer dispute, Case  
condition.

Mediation is the most preferred method among alternative dispute resolution methods in many countries. In recent years, it has taken its place in the judicial system in our country, as it is aimed to resolve disputes in a shorter time, with less cost, more effectively and based on winning both sides. The fact that mediation is based on the will of the parties and the principle of confidentiality as a friendly solution method in line with the intervention of an impartial third person regarding the dispute between the parties has contributed to its adoption in the society and has resulted in a decrease in the workload of the courts.

With the adoption of the Law on Mediation in Legal Disputes numbered 6325, the mediation establishment, which was initially entirely voluntary, was made obligatory in disputes related to labor law first and then in commercial disputes. Finally, with the Law No.7251 on the Amendment of the Civil Procedure Law and Some Laws published in the Official Gazette on 28 July 2020 and the Law on the Protection of the Consumer No.6502, the heading "Mediation as a case condition" and the article "73 / A" were added to the consumer disputes. The fact that a mediator has been applied for before the case is brought has become a condition of the lawsuit. However, by determining the exceptions of this regulation, the disputes within the scope of the duty of the consumer arbitration committee (disputes below 11.330,00 TL), the objections to the decisions of the consumer arbitration committee, TKHK. It has been stated that the interim injunction cases within the scope of Article 73/6, the cases related to the cessation of production and sales and the withdrawal of the property, and the disputes arising from the same of the immovable and in consumer transactions are not within the scope of the obligation to apply to the mediator.

Consumer law provisions are mandatory provisions that protect the consumer, who is the weak side in disputes within the rapidly developing social, technological and economic structure. In this study, primarily by focusing on the basic concepts related to consumer disputes, the scope of the obligation to apply to the mediator in consumer disputes and the exceptions brought about this issue will be explained within the framework of the principle of consumer protection.

**Atf/Citation:** Sarihan, Banu Bilge. (2021). Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), s.415-440.

**Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

\* Bu makale, 10-12 Nisan 2021 tarihinde Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından gerçekleştirilen Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde bildiri olarak sunulmuştur.

## GİRİŞ

Toplum halinde yaşamının kaçınılmaz sonuçlarından biri de ortaya çıkan uyuşmazlıklardır. Uyuşmazlıkların adil bir biçimde çözülebilmesi için alışlagelmiş yöntem olarak devletler yargı yolunu tercih etmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına göre “*Türk Milleti adına yargı yetkisi, bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından kullanılır*” (AY.m.9). Yine hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesi uyarınca “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz*”. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “*Adil Yargılanma Hakkı*”nı düzenleyen 6. maddesine göre de “*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezaî alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir*”. Görüldüğü üzere uyuşmazlık çözümlerinde geleneksel yöntem olarak kabul edilen adli sistem olup, yargı yetkisi mahkemelere aittir. Ancak gerek dünyada gerek ülkemizdeki sosyal, ekonomik, teknolojik vb. gelişmeler neticesinde, uyuşmazlıkların çeşitliliğinin ve yargıdaki iş yükünün artması, yargı sürecinin uzun ve masraflı olması gibi nedenlerle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ihtiyaç duyulmuştur. Alternatif çözüm yöntemlerinden en aktif tercih edileni arabuluculuk yöntemidir.

Hukuk sistemimizde “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu*” ile öncelikle ihtiyari olarak yer alan arabuluculuk, kanun koyucunun sonradan yaptığı bazı düzenlemelerle belli bazı davalar bakımından zorunlu hale getirilmiştir. Ancak taraflar arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak ya da bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler (HUAK.m.3/1). Hukukumuzda ilk kez 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.3/1 hükmü ile arabuluculuk dava şartı haline gelmiştir. İş uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuğun başarı sağlaması üzerine, 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkındaki Kanun’un 20. maddesiyle, 6102 sayılı Ticaret Kanunu’na 5/A maddesi eklenerek, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Dava şartı arabuluculuk ile getirilen son düzenleme çalışma konumuzu da oluşturan tüketici uyuşmazlıklarına ilişkindir. 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a “*Dava şartı arabuluculuk*” başlığı ile eklenen 73/A maddesi ile tüketici uyuşmazlıklarında da dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması zorunlu hale getirilmiştir.

Bu çalışmada, öncelikle genel olarak arabuluculuk kavramı özetlenerek, tüketici uyuşmazlıkları açısından getirilen dava şartı arabuluculuk, kapsamı ve istisnaları, uyuşmazlıklarda korunması gereken zayıf tarafı oluşturan tüketicinin korunması temel ilkesi çerçevesinde incelenmiştir.

## I. GENEL OLARAK ARABULUCUK KAVRAMI

Uyuşmazlık çözümlerinde adli sistem dışında getirilen, alternatif uyuşmazlık yöntemleri ile daha hızlı, daha ekonomik ve yargı organlarının verdiği kararlardan daha esnek çözümler benimsenmektedir<sup>1</sup>. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri çeşitlilik arz etse de en çok tercih edilenler, müzakere, arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkim olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışma konumuzun temelini oluşturan arabuluculuk, alternatif çözüm yöntemleri içerisinde en yaygın kullanılan, hızlı gelişim gösteren bir yöntemdir, terim olarak (mediation) Latince ortayı bulmak ya da yarıya bölmek anlamındaki “*mediare*” sözcüğünden türemiştir<sup>2</sup>.

Temeli insanlık tarihi kadar eski olan arabuluculuğun farklı tanımları olmakla birlikte yasal olarak 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 2/I-b hükmünde tanımlanmıştır: “*arbuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir.*”<sup>3</sup>. Tanımda da ifade edildiği gibi arabuluculuğun temeli, tarafsız üçüncü bir kişinin, taraflar arasındaki iletişimi sağlayarak, onların menfaat temelli kendi çözümlerini bulabilmelerine imkân sağlaması ve bu şekilde uyuşmazlığın gönüllülük esasına dayalı çözüme kavuşturulmasıdır<sup>4</sup>. Arabulucu, hâkim ya da hakem statüsünde

<sup>1</sup> Moore, Cristopher W. *Arabuluculuk Süreci, Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler, The Mediation Process*, (Çev. Tarkan Kaçmaz, Mustafa Tercan), 4. B., Ankara, 2016, s.2 vd.; Özbek, Mustafa. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, C. 1, 4. B., Ankara, 2016, s. 191; Tanrıver, Süha. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Ankara, 2006, s. 821-842; Tanrıver, Süha. *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Makalelerim II*, Ankara, 2011, s.4 vd.; Sarısözen, Serhat. “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu”, *EÜHFD.*, C.XV, 2011/1-2, s.256; Çelikoğlu, Cengiz Topel. “6325 Sayılı HUKAK’a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri ile İlişkisi”, *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’ a Armağan*, C.I, Ankara, 2014, s.678; Pekcanitez, Hakan/ Özekes, Muhammet/ Akkan, Mine/Korkmaz Taş, Hülya. *Medenî Usul Hukuku*, 15. Baskı, C. 3, İstanbul, 2017, s. 2807; Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel. *Medenî Usul Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, 2019, s. 778; Ildır, Gülgün. “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, *75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara, 2005, s. 385.

<sup>2</sup> Özmumcu, Seda. *Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, 3. Baskı, İstanbul ,2013, s. 276; Ildır, Gülgün. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara, 2003, s. 78; Tıktık Yazıcı, Çiğdem. *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, İstanbul, 2013, s. 6; Tuğsavul Taşpolat, Melis. *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara, 2012, s. 21.

<sup>3</sup> 6325 sayılı HUKAK.m.2/I-b bendine 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanunun 17. maddesi ile eklenen, “gerçekleştiren,” ibaresinden sonra gelmek üzere “tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen,” ifadesi ile HUKAK.m.15’e, 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanunun 22. maddesinin 7.fıkrası ile eklenen “tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilir” ifadesi, çözüm önerisi sunma yetkisi olmayan arabulucuya, süreç içerisinde çözüm üretme noktasında tikanıklık yaşayan taraflara çözüm önerisinde bulunabilme imkanını vermiş, böylelikle arabulucunun faaliyet alanı aktifleştirilmiştir.

<sup>4</sup> Tuğsavul Taşpolat, 2012, s. 26, Ildır, 2003, s.21; Tıktık Yazıcı, s. 5; Kekeç, Elif Kısmet. *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 3. Baskı, Ankara, 2016, s. 11; Sevim, Onur Utku. *Avrupa*



olmadığı için uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisine sahip değildir, tarafların uyuşmazlık konusunda kendi kararlarını vermesini sağlayarak dava yoluna gitmeden çözüme ulaşmayı amaçlar<sup>5</sup>. Arabuluculuk, mahkemeler yerine geçen bir sistem olmayıp, yargısal yolların yanında yer alan alternatif nitelikteki bir çözüm yöntemidir, sadece iç hukuklarda değil, uluslararası ilişkilerin düzenlenmesi noktasında da aktif olarak kullanılmaktadır<sup>6</sup>.

### A. Arabuluculuk Yönteminin Tercih Sebepleri

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde en çok tercih edilen yöntem arabuluculuktur<sup>7</sup>. Arabuluculuk yönteminin diğer yöntemlere nazaran tercih edilmesinin sebebi arabuluculuk sisteminin özelliklerinden kaynaklanmaktadır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda da belirtildiği üzere arabuluculuğun en önemli özelliği gönüllülük esasına dayanmasıdır; *“Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda tamamen serbesttirler”* (HUAk.m.3)<sup>8</sup>. Yargısal yöntemde karar verme yetkisi hakimlerde olmasına karşılık, arabuluculukta tüm yetki ve irade taraflardadır. Taraflar serbest ve açık bir müzakere süreci içerisinde dış baskıya maruz kalmadan görüşmeler yapabilir, bu sürecin olumlu sonuçlanmaması ihtimalinde yine yargıya başvurabilirler<sup>9</sup>. Arabuluculuğun bir diğer özelliği, menfaat temelli bir yöntem olmasıdır. Yargısal uyuşmazlık çözümünde haklılık ve adalet esasken, arabuluculukta taraflar uyuşmazlığı daha esnek olarak kendi istek ve ihtiyaçlarını ön plana alarak çözüme kavuşturabilirler<sup>10</sup>. Uyuşmazlığın çözüm sürecinde, taraflar aralarındaki uyuşmazlık konusu hakkında uzman, tarafsız ve bağımsız üçüncü kişiyi (arabulucuyu) kendileri seçerler. Arabulucu

*Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara, 2016, s. 7; Bulur, Alper. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, *ABD*, S. 4, 2007, s. 31; Dür, Orhan. *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 5; Özbay, İbrahim. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, *EÜHFD.*, C. X, S. 3-4, 2006, s. 459; İlhan, Onur. *Arabuluculuk Sözleşmesi*, Ankara, 2020, s.42; Abugalı, Gulden. *Tüketici Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Türk ve Rus Hukukuna Göre Arabuluculukla Çözülmesi*, Ankara, 2020, s.43.

<sup>5</sup> Roberts, Marien. *Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulama Esasları*, Ankara, 4.Basımdan Çeviri, Şubat, 2020, s.9; Taşpolat Tuğsavul, 2012, s.26; Tanrıver, 2006, s.827, Bercovitch, Jacob. *International Mediation*, Chicago, 1991, syf.3 ; Güngör, Hüseyin. *Arabuluculuk*, Ankara, 2008, s.44 , Sabuncuoğlu, Zeyyad Ziya. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Bursa, 2016, s.21.

<sup>6</sup> Tanrıver, 2011, s.151.

<sup>7</sup> Kekeç, s.23; Özbek, s. 592; İlhan, s.30.

<sup>8</sup> Ek cümle: (6/12/20187155/22 md.) *“Şu kadar ki dava şartı arabuluculuğa ilişkin 18/A maddesi hükmü saklıdır.”*. İhtiyari arabuluculuk yönteminde tamamen tarafların iradesine bağlı şekilde bir başvuru serbestisi olmasına karşılık zorunlu arabuluculuk yönteminde arabulucuya başvuruyu zorunlu kılan bir kanunî düzenleme mevcuttur. Arabuluculuğa başvurmanın kanun tarafından zorunlu tutulmuş olması, gönüllülük esasına bir engel teşkil etmez, zira zorunlu arabuluculukta da sürecin devam ettirilmesi, tarafların bir anlaşmaya varması iradidir ve uyuşmazlığı arabuluculuk faaliyetiyle değil de yargılama faaliyetiyle çözümlenmek isteyen kişi, arabuluculuk sürecini sonlandırarak mahkemede dava açabilecektir. AYM., 10.7.2013, E. 2012/94 K. 2013/89 “...Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen “alternatif” terimi, mahkemelere alternatif bir yol olarak kullanılamaz. Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir...” RG. 25.01.2014, S. 28893.

<sup>9</sup> Albayrak, Âdem/Koçyiğit İlker. *Sorularla Arabuluculuk Sınavına Hazırlık*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.41, Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat. *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, İstanbul, 2018, s. 25; Dür, Orhan. *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 249.

<sup>10</sup> Tuğsavul Taşpolat , 2012, s. 29; Albayrak/Koçyiğit, s.41; İlhan, 53; Kekeç, s.95.

uyuşmazlık konusunu inceleyip değerlendirerek taraflara teknik ve detaylı destek sağlar<sup>11</sup>. Taraflar yargısal yöntemde aralarındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak hâkimi seçemezken, arabuluculukta arabuluculuk sicilinde kayıtlı olan kişiler arasından seçim yapabilirler<sup>12</sup>. Taraflar çözüm için anlaşmaya varamazlarsa süreci sonlandırabilirler. Ancak arabulucunun desteği ile sürecin olumlu ilerlemesi sonucunda taraflar anlaşılırsa bu anlaşma taraf iradelerine dayandığı, geçmiş değil geleceğe odaklanıldığı ve her iki tarafın da menfaati tatmin edildiği için uyuşmazlığın bir kaybedeni olmayacaktır (kazan/kazan kuralı), yargısal çözümde ise, mahkemenin mevzuatı esas alarak haklılık kriterine göre verdiği hüküm neticesinde taraflardan biri davayı kazanırken diğer taraf kaybedecektir (kazan/kaybet kuralı)<sup>13</sup>. Ayrıca arabuluculuk faaliyeti, taraflar arasında husumet oluşmasına engel olarak, tarafların gelecekteki sosyal ve ticari ilişkilerini de koruyacaktır<sup>14</sup>.

Bu yöntemin diğer bir özelliği de sürecin tamamen gizlilik esasına dayanıyor olmasıdır. Kanundan kaynaklanan istisnalar haricinde veya taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece<sup>15</sup>, arabuluculuk görüşmeleri gizlidir (HUAK.m.4). Hem taraflar hem de arabulucu bu kurala riayetle yükümlüdür. Arabuluculuk sürecinde gerek olağan oturumlarda gerekse özel oturumlarda edinilen bilgi ve belgeler ne diğer tarafla ne de üçüncü kişilerle paylaşılamaz<sup>16</sup>. Yine arabuluculuk faaliyetinin olumlu sonuçlanmaması halinde, elde edilen bilgi ve belgelerin de yargılama sürecinde delil olarak da kullanılamayacağı hükme bağlanmıştır (HUAK.m.5)<sup>17</sup>. Arabuluculuk yönteminin

<sup>11</sup> Kekeç, s.90; Özbek, s. 288; İlhan, s.49, Albayrak/Koçyiğit, s.43.

<sup>12</sup> HUAK (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu) 20. maddesinde arabulucular siciline kayıt şartları belirtilmiştir. Buna göre; (2) Arabulucular siciline kaydedilebilmek için;

- a) Türk vatandaşı olmak,
- b) Mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak,
- c) Tam ehliyetli olmak,

ç) (Değişik: 12/10/2017-7036/25 md.) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak,

d) (Ek: 5/6/2017-KHK-691/9 md.; Aynen kabul: 31/1/2018-7069/9 md.) Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak,

e) Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı (...) sınavda başarılı olmak, gerekir.

<sup>13</sup> Özbek, s.300; Yazıcı Tıktık, s.47; Tanrıver, s.158; İlhan, s.55.

<sup>14</sup> Kekeç, s.90; Özbek, s.304; İlhan, s.62.

<sup>15</sup> Arabuluculukta gizlilik ilkesi bazı hâllerde devre dışı kalabilir. Tarafların, kendi sundukları bilgi ve belgelerin açıklanmasına, paylaşılmasına rıza göstermeleri halinde, yine aralarında yapacakları arabulucuya başvurma sözleşmesinde ya da arabulucu ve taraflar arasında yapılacak olan arabuluculuk sözleşmesinde, gizlilik ilkesinin aksini kararlaştırmaları halinde, ayrıca kanundan kaynaklanan istisnai hallerde de gizlilik ilkesi uygulanmayacaktır. HUAK.m.5/III gereğince, söz konusu beyan ve belgelerin, bir kanun hükmü tarafından emredildiğinde yahut arabuluculuk süreci sonunda varılan çözüm anlaşmasının uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabileceği ifade edilmiştir.

<sup>16</sup> Yazıcı Tıktık, s.54; Kekeç, s.79; İlhan, s.58; Özbek, s.292; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 33. maddesi ile, gizlilik ilkesini ihlal ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişinin şikâyet üzerine altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

<sup>17</sup> HUAK. m.5 /I : “Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dahil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında veya tahkim yoluna başvurulduğunda aşağıdaki beyan ve belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:

- a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.

gizliliği, taraflar arasındaki güven duygusunu artırarak daha verimli iletişimin sağlanabilmesine, arabulucunun da süreci daha iyi idare ederek tarafların kendi çözümlerine ulaşmalarına ve neticede yöntemin başarısına yardımcı olur<sup>18</sup>. Devlet mahkemelerindeki yargısal çözüm sürecinde ise, genel ahlâk veya kamu güvenliğinin gerektirdiği hâller dışında aleniyet esastır, duruşmalar herkese açık yapılır. Aleniyet ilkesi nedeniyle herkese açık olan yargılama sürecinde, tarafların özel ya da ticari hayatlarıyla ilgili bazı ayrıntıların ve sırların ifşa olması endişesi arabuluculuğun önemli tercih sebeplerinden birini oluşturmaktadır<sup>19</sup>. Toplum hayatında sosyal, ekonomik, teknolojik anlamdaki hızlı değişim, uyuşmazlıkların da artmasına neden olmuştur. Artan uyuşmazlıklar mahkemelerin iş yükünü yoğunlaştırmış, yargılama sürelerinin uzamasına, masrafların da artmasına neden olmuştur. Arabuluculuk yönteminde ise uyuşmazlık çözümü mahkemelere nazaran hem daha az masraflı hem de daha hızlı bir şekilde (birkaç saat içinde dahi) çözüme kavuşturulabilir<sup>20</sup>. Görüldüğü üzere arabuluculuğun özellikleri yargısal çözüm yöntemlerine alternatif olarak uygulamada giderek daha fazla tercih edilmesi sonucunu doğurmuştur.

## B. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk

Arabuluculuk alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak gönüllülük (iradilik) esasına dayandığı için yapısına uygun olan arabuluculuğun ihtiyari olmasıdır. Nitekim, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa göre kural olarak arabuluculuk ihtiyaridir. Taraflar arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak ya da bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler (HUAK.m.3/I). Ancak kanun koyucunun sonradan yaptığı bazı düzenlemelerle belli bazı davalar bakımından arabulucuya başvuru zorunlu hale getirilmiştir. Zorunlu arabuluculuk olarak da ifade edilen bu yöntemde, arabulucuya başvuru zorunluluğu, sadece arabuluculuk sürecinin başlatılmasına ilişkindir. Taraflar, süreci devam ettirip ettirmeme, süreç sonucunda anlaşmaya varıp varmamak konusunda serbest olup, anlaşmaya varılamaması halinde uyuşmazlığın çözümü için yargı yoluna da başvurabilirler<sup>21</sup>.

Hukumumuzda ilk kez 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu md.3/1 hükmü ile arabuluculuk dava şartı haline gelmiştir. Bir başka deyişle, arabulucuya başvurulmadan dava açılması halinde mahkeme davayı dava şartı eksikliği nedeniyle usulden reddedecektir<sup>22</sup>. Kanun hükmüne göre; “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi*

b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.

c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıya veya iddianın kabulü.

ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler”.

Arabuluculukta sunulan her belgenin yahut verilen her bilginin, daha sonra yapılacak bir yargılamada delil olarak kullanılmayacağı mutlak değildir. HUAK.m.5/V’te, bir belgenin, sırf arabuluculuk faaliyetinde sunulması nedeniyle kabul edilemeyecek delil haline gelmeyeceği özellikle belirtilmiştir.

<sup>18</sup> Yazıcı Tıktık, s.51; Günay, s.84; Kekeç, s.83-84; İlhan, s.57.

<sup>19</sup> Özbek, s.292; Şahin, Tuğçem/Çelik, Yasin/Ruhi, Ahmet Cemal. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi*, Ankara, 2018, s. 48.

<sup>20</sup> Özbek, Mustafa. “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi”, *AÜHFD.*, C. 56, S. 1, 2007, s. 183-231; Kekeç, s.88; İlhan, s.61.

<sup>21</sup> Kekeç, s.71; Özbek, s.308; Yazıcı Tıktık, s.40.

<sup>22</sup> Mahkemenin davanın esası hakkında yargılama yapabilmesi için varlığı veya yokluğu gerekli olan şartlara dava şartları denir. Dava şartları davanın açılabilmesi için değil, mahkemenin davanın esası hakkında inceleme yapabilmesi için gereken şartlardır, dava şartlarının varlığı veya yokluğu mahkemece re’sen gözetilir, gerekli dava şartlarının yokluğu halinde, hâkim davayı usulden reddeder. Genel dava şartları HMK’nun 114. Maddesinde

veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır". İş uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuğun başarı sağlaması üzerine, 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkındaki Kanun'un 20. maddesiyle, 6102 sayılı Ticaret Kanunu'na 5/A maddesi eklenmiştir. Buna göre, "Bu Kanunun 4'üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır" (TTK.m.5/A). Bu düzenlemenin 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe girmesiyle beraber, ticarî davalarda, konusu para olan alacak ve tazminat talepleri için de öncelikle arabulucuya başvurulmuş olması gerekmektedir.

Dava şartı arabuluculuk ile getirilen son düzenleme çalışma konumuzu da oluşturan tüketici uyuşmazlıklarına ilişkindir. 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a "Dava şartı arabuluculuk" başlığı ile eklenen 73/A maddesi ile tüketici uyuşmazlıklarında da dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması zorunlu hale getirilmiştir. Düzenlemede, arabuluculuğa başvuru zorunluluğu kapsamındaki uyuşmazlıklar ve istisnaları ile arabuluculuk ücretinin ödenme usulüne yer verilmiştir. Madde kapsamındaki haller dışında tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvuru zorunluluğu HUAK.md 18/A hükmüne tabidir<sup>23</sup>.

## II. TÜKETİCİ HUKUKUNDA ARABULUCULUK

### A. Tüketici Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği

19.yüzyıl sanayi devrimi ile seri üretime geçilmesi sonucu üretimin artması tüketim faaliyetlerinin de artması sonucunu doğurmuştur. Tüketim faaliyetleri öncelikle temel ihtiyaçların giderilmesi için yapılsa da çağımızda bilgi ve iletişim teknolojilerinin hızla gelişmesi ile tüketim artık amaç haline gelmiş, kitlesel üretimler kitlesel tüketimlere neden olmuştur<sup>24</sup>. Ancak tüketicinin her ihtiyaç duyduğu mal ve hizmet için yeterli bilgi sahibi olması mümkün değildir. Tüketiciler mal ve hizmet sunucuları karşısında gerek bilgi, tecrübe ve entelektüel eksiklikler gerekse ekonomik sebeplerle güçsüz konumdadırlar. Bu durum tüketici ilişkisinde satıcı/sağlayıcı/girişimci tarafı üstün taraf haline getirirken tüketici zayıf tarafı teşkil etmektedir<sup>25</sup>.

---

düzenlenmiş ve diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz: Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder. *Medenî Usul Hukuku*, 25. Baskı, Ankara, 2014, s.244; Pekcanitez, Özekes, Akkan, Korkmaz Taş, 2017, s.925; Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin. *Medenî Usul Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 2019, s.317.

<sup>23</sup> Arabuluculuğa başvuru zorunluluğuna ilişkin genel usul hükümleri, 06.12.2018 tarihi 7155 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle 6325 sayılı Kanun'a eklenen 18/A maddesinde düzenlenmiştir. Dava şartı olarak arabuluculuğun söz konusu olduğu hâllerde (İMK.md.3; TTK.m.5/A; TKHK.m.73/A) öncelikle ilgili özel düzenleme uygulanacak, belirtilen özel haller dışında Kanun'un 18/A maddesine dikkate alınacaktır. Dava şartı olarak arabuluculuğa başvurulmadan açılan davalar usulden reddedilir. Arabulucuya başvurulup anlaşmaya varılmadığı hallerde ise buna ilişkin son tutanağın aslını ya da arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğinin dava dilekçesine eklenmesi zorunludur, aksi hâlde mahkeme, davacıya, son tutanağı sunması için bir haftalık kesin süre verir, kesin süre içinde tutanak davacı tarafından sunulmazsa dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeksizin usulden reddedilir (HUAK.m.18/A-2).

<sup>24</sup> Aslan, İ.Yılmaz. *Tüketici Hukuku Dersleri*, 8.Baskı, Ankara, 2021, s.1 vd.,

<sup>25</sup> Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara, 2019, s.43, Güngör Güneysu, Gülin. *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Ankara, 2000, s.22.

Tüketicilerin üreticiler kadar kolay örgütlemeyecekleri, ekonomik ve politik anlamda bir baskı grubu olarak etkin olamayacakları da açıktır. Bu nedenle birçok ülke mevzuatlarında tüketicileri koruyucu hükümlere yer verilmiştir<sup>26</sup>. Bizim hukuk sistemimizde de zayıf olan tüketicinin devlet eliyle korunmasına yönelik emredici nitelikteki hükümler içeren düzenlemeler mevcuttur. Anayasamızın 172. maddesi uyarınca “Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alma ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik etmekle” yükümlüdür. Bu hükmün gereği olarak, önce 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çıkarılmış, akabinde birçok ihtiyacı karşılayamaması nedeniyle, bu kanun yürürlükten kaldırılarak, 2014 yılında evrensel tüketici hakları doğrultusunda hazırlanan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Kanunun amacı, kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konudakisi politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmek olarak ifade edilmiştir (6502 sayılı Kanun; m.1). Mevzuat içerisinde yer alan zayıf konumdaki tüketiciyi korumak amaçlı düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin olması, tüketici uyuşmazlıklarında tarafların tasarruf yetkisini ortadan kaldırmaz. Arabuluculuğa elverişlilikte aranan ölçüt de uyuşmazlık konusunda tarafların serbestçe tasarruf edebilmeleridir<sup>27</sup>. Taraflar aralarındaki uyuşmazlık ile ilgili olarak mahkemeye gitmeksizin kendi serbest iradeleri ile hareket edip hukuken korunan bir sonuç elde edebiliyorlarsa, o konu arabuluculuğa elverişli olarak kabul edilmektedir<sup>28</sup>.

Tüketici uyuşmazlıkları, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 68/5 ve 73/A hükümleri çerçevesinde arabuluculuğa elverişlidir. TKHK.m.68/5 hükmünde “Bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmaya engel değildir” şeklinde ifade edilen düzenlemede, Tüketici Hakem Heyetlerine başvuru yapılmasının alternatif uyuşmazlık yollarına başvuru yapılmasına engel teşkil etmeyeceği düzenlenmiştir. Yine dava şartı arabuluculuğu düzenleyen 73/A hükmünden de anlaşılacağı üzere tüketici mahkemelerinin görev alanında kalıp, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri her türlü uyuşmazlık arabuluculuğa elverişlidir<sup>29</sup>. Madde hükmünde, arabuluculuğa elverişlilik bakımından uyuşmazlığın tüketici mahkemelerinin görev alanına girmesi kriter olarak kabul edildiğinden,

<sup>26</sup> Uyumaz, Alper. “Tüketici Hukukundan Doğan Alternatif Çözüm Yolları”, *SÜHFD.*, C.20, S.1,2012, s.118.

<sup>27</sup> Koçyiğit, İlker/Yeşilkaya, İzzet. *Ticari Davalarda, İş Uyuşmazlıklarında, Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları*, Ankara, 2020, s.191. Arabuluculuğa elverişliliğin genel çerçevesi HUAk.m.1/2 uyarınca tespit edilmiştir; “Bu Kanun yabancılik unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir”. Kanun hükmünden de anlaşıldığı üzere, kamu hukuku uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişli değildir, yine özel hukuka ilişkin olup da tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemedikleri iş ve işlemler de arabuluculuğa elverişli değildir. Mesela, kamu düzenini yakından ilgilendiren ve uyuşmazlığın çözümü için mutlaka mahkeme kararına ihtiyaç duyulan boşanma davalarında arabuluculuğa gidilemez.

<sup>28</sup> Ermenek, İbrahim. “Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Düzeltilmesi”, *YD.2020/4*, C.46, s.1042-1043., Akipek, Şebnem/Yıldırım, Abdülkerim/Ermenek, İbrahim/Kutlay, Selda. *Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk, AB.Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Temel Eğitim Kitapçığı*, Ankara, 2021, s.124-126.

<sup>29</sup> Tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren uyuşmazlıklar için dava şartı olmasa da ihtiyari olarak arabuluculuğa gidebilir.



uyuşmazlığın maddi hukuk bakımından dayanağı, davanın usulî niteliği, cebri icra hukuku alanına ilişkin olup olmadığı dikkate alınmaz<sup>30</sup>.

## **B. Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Başvuru Zorunluluğunun Kapsamı ve İstisnaları**

### **1. Kapsam**

Dava şartı arabuluculuk müessesesi, 28/07/2020 tarih ve 31199 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen 73/A maddesi ile tüketici uyuşmazlıklarında zorunlu hale getirilmiştir.

Bu düzenleme ile tüketici mahkemelerinde ya da tüketici mahkemesi oluşturulmayan yerlerde tüketici mahkemesi sıfatıyla hareket eden asliye hukuk mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiş, ancak kanun hükmünde belirtilen hususlar istisna olarak kabul edilmiştir, dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında tutulmuştur. Yine Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunundaki ilgili hükümlerin tüketicinin korunması esnasından hareketle tüketiciler aleyhine uygulanamayacağı da özellikle belirtilmiştir.

*“Dava şartı arabuluculuk başlığını taşıyan, TKHK. md. 73/A- Ek: 22.07.2020-7251/59 hükmü şu şekilde düzenlenmiştir:*

*(1) Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Şu kadar ki, aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz:*

*a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar*

*b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar*

*c) 73'üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar*

*ç) 74'üncü maddede belirtilen davalar*

*d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar*

*(2) 07.06.2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin on birinci fıkrası tüketici aleyhine uygulanmaz.*

*(3) Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya tarafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları hâlinde tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücreti, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Ancak belirtilen hâllerde arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre iki saatlik ücret tutarını geçemez.*

<sup>30</sup> Akipek/Yıldırım/Ermeneç /Kutlay, s.127; “...kanımızca, ticari davalardan farklı olarak İcra ve İflas Kanunu 'nda düzenlenen ve tüketici mahkemesinin görev alanına giren davalar bakımından da arabulucuya başvuru zorunludur...”.

(4) Arabuluculuk faaliyeti sonunda açılan davanın tüketici lehine sonuçlanması hâlinde arabuluculuk ücreti, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir” ifadesini taşımaktadır”<sup>31</sup>.

Tüketici uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğun kapsamına ilişkin getirilen bu düzenlemenin, iş ve ticari uyuşmazlıklardaki zorunlu arabuluculuk düzenlemelerinden farklı olduğu görülmektedir. Tüketici uyuşmazlıklarında uyuşmazlığın kapsamı uyuşmazlığın niteliğine göre değil, uyuşmazlığın görüleceği mahkemeye göre belirlenmiştir. Oysa İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğun düzenlendiği İş Mahkemeleri Kanunu’nda; “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda...*” arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak belirlenmiştir (İş. Mah. K.m.3/1). *İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davalarının ise, zorunlu arabuluculuk kapsamı dışında tutulduğunu görüyoruz.* Ticari uyuşmazlıklarda da benzer bir düzenleme ile tüketici hukukundan farklı olarak, “Bu Kanun’un 4. Maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak belirlenmiştir (TTK.m.5A/I)<sup>32</sup>.

Tüketici uyuşmazlıkları için getirilen “**Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda** dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır” (TKHK.m.73/A-1) hükmü gereği, öncelikle tüketici mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların tespiti gerekir. Bir uyuşmazlıkta gerek Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un uygulama alanının belirlenmesi gerekse tüketici mahkemelerinin görev alanının belirlenmesi “*tüketici işlemi*” ve “*tüketicilere yönelik uygulamalar*” kriterlerine göre tespit edilir. Zira TKHK.m.73/1 uyarınca “*Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek olan uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir*”. Yine Kanun’un 2. maddesi de “*Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar*” ifadesi ile tüketici hukukunun kapsamını belirlemektedir. Dava şartı arabuluculuğun tüketici mahkemelerinin görev alanına giren her türlü uyuşmazlığı kapsamaması özellikle tüketici işlemi ve tüketici uygulamaları kavramlarının doğru tespit edilmesi gerekliliğini doğurmaktadır. Kanaatimizce uygulamada arabuluculuğun başarılı sonuçlara ulaşabilmesi, uzman arabulucuların tüketici hukukundaki temel kavramlar hakkında kapsamlı bilgiye sahip olmaları, iyi özümsemeleri ve özellikle zayıf taraf olup korunması gereken tüketiciyi aydınlatma yükümlülüklerini sağlıklı bir

<sup>31</sup> TKHK’a eklenen geçici 2. madde ile dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerin, yürürlüğe girdiği 28.07.2020 tarihi itibarıyla, ilk derece mahkemeleri, bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay’da görülmekte olan davalara (derdest davalar) uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

<sup>32</sup> İş ve ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculukla ilgili karşılaştırmalı ayrıntılı bilgi için bkz.; Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/ Atalı, Murat / Seven, Vural. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Bası, Ankara, 2019, s.129 vd.; bu konuda eleştirisel bakış için bkz.; Özekes, Muhammet. *Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk*, 1. Bası, İstanbul, 2021, e-kitap, erişim tarihi 08.05.2021,11.27, <https://ekitap.hukukegitim.com/kitapoku.aspx?id=453>, s.19: “...burada dikkat çeken husus, kanun koyucunun zorunlu arabuluculuk konusunda kafasının karışık olduğudur, üç ayrı zorunlu arabuluculuk türü, üç ayrı ifade ile ve hem de kapsamlarla da farklılık oluşturacak şekilde düzenlenmiştir. Bu da daha önce ciddi şekilde düşünülüp tartışılıp değerlendirilmeden düzenleme yapıldığını, keza zorunlu arabuluculuk konusunda uyumun gözetilmediğini, amacın doğru tespit edilip ona göre çerçeve çizilmediğini göstermektedir. Bunun temelinde yatan sebep ise, arabuluculuğun temel yaklaşım ve ilkelerinin gözardı edilmesidir...”.

şekilde yerine getirmelerine bağlıdır. Bu kapsamda öncelikle “tüketici işlemi” ve “tüketici uygulamaları” kavramlarına değinmek gerekmektedir.

### a. Tüketici İşlemi

Tüketici işlemi kavramı TKHK.m.3/I bendinde, “*Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*” olarak tanımlanmıştır. Madde metninden de anlaşıldığı üzere, tüketici işlemi ve bunun sonucu olarak tüketici mahkemelerinin görev alanı oldukça geniş tutulmuştur<sup>33</sup>. Tüketici mahkemeleri adeta bir torba mahkeme haline gelmiştir<sup>34</sup>. Bir başka deyişle, bir uyuşmazlığın tüketici işlemi olması veya tüketiciye yönelik uygulamalardan doğması halinde tüketici mahkemeleri görevlidir. Uyuşmazlığın tüketici işlemi olarak kabul edilebilmesi için ise, aranan kriter, uyuşmazlık konusu sözleşmenin kanunda düzenlenmiş olup olmaması değil, sözleşmenin taraflarıdır. Uyuşmazlık konusu sözleşme, satış, eser, hizmet, vekalet gibi Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen bir sözleşme olabileceği gibi, Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen sigorta, yük veya eşya taşıma sözleşmesi veya karma nitelikli bir sözleşme de olabilir<sup>35</sup>. Maddede sayılan sözleşme tipleri örneklendirme mahiyetinde olup, tahdidi olarak belirtilmemiştir<sup>36</sup>.

Tüketici işlemi hem tüketici sözleşmelerini hem de belirli öğeleri bünyesinde barındırması halinde tek taraflı işlemleri kapsar<sup>37</sup>. Tüketici işlemi, tüketici sözleşmelerini de içine alan geniş bir kavramdır<sup>38</sup>. Kanun koyucunun, tüketici işleminin belirlenmesinde getirdiği esas kriter uyuşmazlığın taraflarıdır. Uyuşmazlığın tüketici işlemi olarak kabul edilebilmesi için, taraflarından birinin, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi tüketici<sup>39</sup>, diğer tarafın ise, satıcı-sağlayıcı-kredi veren-finansman sağlayan gibi ticari ve mesleki

<sup>33</sup> Gümüş, Alper. “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Genel Bir Bakış”, *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (2014-2015)*, Editörler; Av. Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, Ankara, 2015, s.20,21.; Özekes, 2021, s.22.

<sup>34</sup> Eleştirisel benzer görüş için bkz; Özekes, 2021, s.22.

<sup>35</sup> Bu kapsamda misal olarak, vekalet sözleşmesi çerçevesinde taraflardan birinin avukat olduğu bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar sözleşmenin karşı tarafına göre farklı mahkemelerde çözüme kavuşturulacaktır. Mesela müvekkilinin boşanmak isteyen bir ev hanımı olduğu durumlarda, vekalet ücreti ile ilgili bir uyuşmazlık çıktığında bu uyuşmazlık ev hanımı tüketici olduğu için tüketici işlemi sayılarak tüketici mahkemelerinin görev alanına girecek, ancak müvekkilinin avukatlığını yaptığı, ticaret şirketi olduğu, durumlarda ticaret şirketinin tüketici sıfatı olmadığı (mesleki veya ticari amaç güttüğü) için, bu bir tüketici işlemi olmayıp, tüketici mahkemelerinin de görev alanına giremeyecektir; görüldüğü gibi sözleşmenin niteliğine değil, taraflarının tüketici ya da satıcı/sağlayıcı olup olmamasına göre, tüketici işlemi tespit edilmektedir. Koçyiğit /Yeşilkaya, s.518, Gümüş, 20.

<sup>36</sup> Gümüş, s.21, Aslan, s.5 vd., Akipek/Yıldırım/Ermenek /Kutlay, s.38.

<sup>37</sup> Akipek Öcal, Şebnem. “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Usul Hukuku Bakımından Etkileri”, *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Editör, Ertan Yardım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 20-21, Akipek/Yıldırım /Ermenek /Kutlay, s.37.

<sup>38</sup> Kara, İlhan. *Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, Ankara, 2015, s.137.

<sup>39</sup> Kanun koyucu tarafından “Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır (TKHK.m.3 /I-k).

amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olması<sup>40</sup>, ayrıca uyuşmazlık konusunun da TKHK.'da tanımlanan mal ve hizmete ilişkin olması gerekir<sup>41</sup>.

Taraflardan birinin tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez (TKHK.m.83/2)<sup>42</sup>. Görüldüğü üzere, tüketici işlemi açısından iki tarafın zıt amaçla hareket etmesi söz konusudur. Tüketicinin kâr elde etme amacı olmaksızın yani ticari ve mesleki olmayan bir amaçla hareket etmesi gerekirken, işlemin karşı tarafının yani satıcı ya da sağlayıcının ticari veya mesleki amaçla hareket etmesi gerekir<sup>43</sup>. Kanunda tanımlardan satıcı

<sup>40</sup> Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi (TKHK.m.3/I-1),

Satıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi (TKHK.m.3/I-1),

Üretici: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal ya da bu malların hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler ile mal üzerine markasını, unvanını veya herhangi bir ayırt edici işaretini koyarak kendisini üretici olarak gösteren gerçek veya tüzel kişiyi (TKHK..m.3/I-1),

Kredi veren: Mevzuatı gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olan gerçek veya tüzel kişiyi, (TKHK..m.3/I-1). ifade eder. Bu düzenlemeler çerçevesinde, karşı taraf tüketici olması koşuluyla, kamu tüzel kişileri de özel hukuk işlemlerinde satıcı, sağlayıcı olarak tüketici işlemi yapabilirler. Elektrik, su, doğalgaz abonelikleri de bu faaliyetlerdendir.

<sup>41</sup> Hizmet: Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu (TKHK.m.3/I-d), ifade eder. Mal: Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları ifade eder. (TKHK.m.3/I-h).

<sup>42</sup> **İstanbul BAM 12. HD. 03.06.2020, E. 2018/1649 K. 2020/545**; "...28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanununu 3/1-k maddesinde Tüketici "Ticari veya mesleki olmayan amaçlı hareket eden gerçek veya tüzel kişi" olarak 3/1-1-bendinde ise Tüketici işlemi "Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem" olarak tanımlanmış, "Temel İlkeler" başlıklı 4/5 m. ise "Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir. Bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersizdir." şeklinde düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 73/1 madde ve fıkrasında da tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalara bakma görevinin tüketici mahkemelerine ait olduğu, 83. maddesinde ise, taraflardan birinin tüketici olduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği belirtilmiştir. Somut olayda, Bakırköy 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2017/337 Esas 2017/699 Karar sayılı dosyası ile davada ticaret mahkemesi görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiş olup, taraflarca istinaf edilmeden kesinleşen bu görevsizlik kararı ile mahkeme bağlı olmayıp kamu düzenine ilişkin görev hususu resen her aşamada değerlendirilmelidir. Davalı tarafça sunulan delillere göre dava konusu bonoların davacının tarafı olduğu Satış Vaadi Sözleşmesi uyarınca düzenlenen sıralı bonolar olduğu tespit edilmiş olup, bu durumda davacı tüketici sıfatını haiz ve söz konusu işlem tüketici işlemi olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu itibarla, tüketici konumundaki davacı tarafından cirantaya karşı açılan işbu davada tüketici mahkemesi görevlidir. (İstanbul BAM 12. HD. E: 2020/221 K: 2020/234). Buna göre mahkemece görev konusunda bir inceleme yapılmaksızın işin esasına girilerek karar verilmesi doğru bulunmamıştır. ..." (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası)

<sup>43</sup> Yargıtay içtihatlarında sıklıkla görüldüğü üzere, tüketici işlemi açısından ticari veya mesleki amaç kavramının varlığı tüketicinin güçsüz konumda olup korunması gerekliliği ilkesi çerçevesinde satıcının değil alıcının amacına göre belirlenmelidir; **YHGK. 22.11.2018, E. 2017/13-1982 K. 2018/1752**; "Davacının Almanya'da işçi olarak çalıştığı ve burada kazandığı birikimlerle memleketinde kendisi için üç, babası için iki daireyi satın aldığı durumda bu işlemin özel ihtiyaçlar için nihai tüketim gayesi ile yapıldığı hususu dosyaya yansımamıştır. Bu halde gerçekleşen hukuki işlemin tüketici hukukunun koruduğu anlamda tüketici işlemi olarak kabul edilmesi mümkün olmadığından uyuşmazlığın genel mahkemelerin görev alanı içerisinde kaldığı...Tüketici işlemi yönünden belirleyici olan, satın alınan mal veya hizmetin sayısı veya bedeli değil, tüketicinin, mal veya hizmeti satın alırken ticari veya mesleki amaç ile hareket etmemesi ve yine, kendi ihtiyacı için kullanması ya da tüketmesidir...". **YHGK. 2020, E. 2017/19-1637 K. 2020/13** (Koçyiğit/Yeşilkaya, s.542); "Davacı limited şirket, tacir olup, tüzel



ve sağlayıcı arasındaki ayrımın tüketiciye sunulan mal veya hizmet olarak belirlendiği anlaşılmaktadır. Tüketici, gerçek kişi ya da dernek, vakıf gibi ticari veya mesleki amaç gütmeyen tüzel kişi de olabilir<sup>44</sup>. Önemli olan ticari ya da mesleki amaçla hareket etmemektir<sup>45</sup>. Mesela gerçek kişi tüketiciler açısından kişisel veya ailevi ihtiyaçların karşılanması amacıyla yapılan işlemler, tüzel kişilerde ise tüzel kişinin mesleki faaliyetleri dışındaki ihtiyaçların karşılanması amacıyla yapılan işlemler tüketici işlemidir<sup>46</sup>. Tüketici işleminin diğer tarafı ise, tam zıt bir amaç çerçevesinde yani tüketiciye ticari ve mesleki amaçlarla mal ve hizmet sunan ya da sunanın adına veya hesabına hareket eden gerçek ve tüzel kişidir<sup>47</sup>. Satıcı ve sağlayıcılar dernekler, vakıflar, ticaret şirketleri gibi özel hukuk tüzel kişileri olabileceği gibi kamu hukuku tüzel kişileri de olabilir. Kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından tüketiciye sunulan akaryakıt, doğalgaz, elektrik, su gibi mallar, haberleşme, ulaşım, taşıma vb. hizmetler bu kapsamdadır<sup>48</sup>. Satıcı veya sağlayıcı, mal

*kişilik adına ticari işletmesinde kullanmak üzere otomobil satın almıştır. Davacı tüketici olarak tanımlanamayacağı gibi, yaptığı işlemin de tüketici işlemi olarak kabulüne de olanak bulunmamaktadır.”*

<sup>44</sup> Bu konudaki tek istisna kanun koyucu tarafından paket tur sözleşmeleri (TKHK..m.51/9) açısından getirilmiştir. Ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde paket tur hizmetinden yararlanan kişi gerçek ya da tüzel kişi olmasına bakılmaksızın tüketici olarak kabul edilir. **ANKARA BAM 4. HD. 10.03.2017, E. 2017/201 K. 2017/218;** “...Somut olayda davanın hukuki niteliği, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un (TKHK) 51. maddesinde düzenlenmiş olan “paket tur” niteliğindeki sözleşme ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşmenin yazılı şekilde yapılmamış olmasının da sonucu etkisi bulunmamaktadır. 6502 sayılı Kanun’un 51. maddesinde tanımlandığı üzere paket tur sözleşmeleri, paket tur düzenleyicileri veya aracuları tarafından ulaştırma, konaklama ve diğer turizm hizmetlerinden en az ikisinin birlikte verildiği, her şeyin dâhil olduğu fiyatla satıldığı veya satınınin vaat edildiği ve hizmetin yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsadığı veya gecelik konaklamayı içerdiği sözleşmelerdir. Aynı maddenin 10. fıkrasında da, bu sözleşmelerle ilgili ön bilgilendirme, sözleşmenin içeriği, paket turun devri, sözleşmede değişiklik yapılmasının koşulları ve bu hâllerde tüketicinin hakları, paket turun iptal edilmesinin sonuçları, paket tur düzenleyicisinin ve aracısının sorumlulukları, tüketicinin hangi hâllerde tazminat talep edebileceği, sözleşmeden dönme ve sonuçları ile diğer uygulama usul ve esaslarının yönetmelikle belirleneceği belirtilmiş olup, 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK kapsamında çıkarılan “Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği” de 14.1.2015 tarih ve 29236 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında düzenlenen paket tur sözleşmesinden kaynaklandığına göre, davaya bakmaya tüketici mahkemesi görevlidir. Söz konusu Kanun’da “tüketici”, “Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” şeklinde tanımlanmış olup, davalının gerçek kişi olmayıp, dernek statüsünde bir tüzel kişi olması da sonucu değiştirmez. Kaldı ki Aynı Kanun’un 51/9. maddesinde paket tur sözleşmelerine münhasır olmak üzere, “tüketici” kavramı daha geniş olarak düzenlenmiş olup, ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden faydalanan kişiler de tüketici olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla davacı Derneğin, dava konusu paket tur hizmetinden ticari ya da mesleki amaçlarla faydalanıp faydalanmadığı da görevli mahkemenin belirlenmesi konusunda sonuca etkili değildir. Yine, her ne kadar dava, daha önce Asliye Ticaret Mahkemesinde açılmış ve bu mahkemenin verdiği görevsizlik kararını müteakip dava dosyası Asliye Hukuk Mahkemesine gelmiş ise de daha önce (asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle) verilen görevsizlik kararı, kanun yolu incelemesinden geçmeden kesinleşmiş olduğundan, bağlayıcı değildir. Açıklanan tüm bu nedenlerle; tarafların sıfatına, dava konusu paket tur sözleşmesinin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da ayrıca düzenlenmiş olmasına ve yine aynı Kanun’un 73. maddesi gereğince, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemelerinin görevli olduğunun kabul edilmiş olmasına göre, iş bu davada da görevli mahkeme, tüketici mahkemesidir. ...” (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

<sup>45</sup> **YHGK. 22.11.2018, E. 2017/13-1982 K. 2018/1752;** “Bu temel ölçüt dikkate alındığında; tüketici işleminden söz edebilmek için hukuki işleme konu olan mal veya hizmetin, tüketici olan alıcının kendisinde kalması, malın ticari hayata geri dönmemesi, ödenen maliyetin geri kazanılmaması, başka bir malın ham maddesi veya yarı mamul maddesi olarak kullanılmaması gerekir Böyle olunca, bir malı olduğu gibi ya da işleyerek bir başkasına satmak veya çıkar karşılığı devretmek üzere satın alan, yani kendisi de satıcı konumuna girecek olan kişiler tüketici sayılmazlar.”

<sup>46</sup> Aydoğdu, Murat. *Tüketici Hukuku Dersler*, Ankara, 2015, s.61 vd.

<sup>47</sup> Akipek/Yıldırım/Ermenek /Kutlay, s.33, Aydoğdu, s.64, Aslan, s.6.

<sup>48</sup> Akipek /Yıldırım/Ermenek /Kutlay, s.35, Aydoğdu, s.64, Aslan, s.6.



satma veya hizmet sunma faaliyetlerini ivazlı gerçekleştirmelidir. Kazanç sağlama amacının olmadığı, mesela bağışlama sözleşmeleri ya da hatır karşılığı hizmet verilmesi halleri TKHK'un kapsamı dışındadır<sup>49</sup>. Yine TKHK'un amacı ekonomik anlamda güçsüz tarafı korumak olduğuna göre, mesleki faaliyet dışında mal veya hizmet sunan kişiler karşısında, tüketici eşit konumda olduğundan, uyuşmazlıklar genel hükümlere göre çözümlenir<sup>50</sup>.

Tüketici işleminin bir diğer önemli unsuru da işlemin konusunun TKHK'da tanımlı yapılan mal ve hizmete ilişkin olmasıdır. Kanun hükmüne göre; hizmet, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu (TKHK.m.3/I-d), mal ise; alışverişe konu olan, taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları ifade eder (TKHK.m.3/I-h). Bu ayrıntılı tanımlardan da anlaşıldığı üzere, mal ve hizmet kavramlarının kapsamı çok geniş tutulmuş, sözleşmenin niteliğine bakılmaksızın, diğer unsurların varlığı halinde neredeyse her türlü sözleşme konusu bu kanun kapsamına dahil edilmiştir<sup>51</sup>.

Netice itibariyle, bir hukuki işlemin tüketici işlemi olarak kabul edilip edilebilmesi için gereken üç temel unsur vardır. Öncelikle taraflardan birinin kanunda belirtildiği üzere, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi, yani tüketici olması, hukuki işlemin karşı tarafını ise zıt amaçla bir başka deyişle ticari veya mesleki amaçla hareket eden satıcı, sağlayıcı, üretici gibi bir gerçek veya tüzel kişinin oluşturması gerekir. Ayrıca yapılan işlemin konusunun da kanun çerçevesinde belirlenen mal ya da hizmetin kapsamına girmesi gerekir. Tüketici işleminin tespiti yapılırken her somut olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği kuralının da göz ardı edilmemesi gerekir. Yine tüketici işleminin tespiti için, sözleşmenin kanunda düzenlenip düzenlenmemesi, sözleşmenin çeşidi, sayısı<sup>52</sup> ya da niteliğinin bir önemi olmayıp, önemli olan bu üç unsurun o somut olaydaki varlığıdır.

## b. Tüketicilere Yönelik Uygulamalar

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun ikinci maddesinde belirtilen “*Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar*” ifadesi ile tüketiciye yönelik uygulama kavramının getirilmesi Kanunun kapsamını da genişletmiştir. Bu çerçevede kamu tüzel

<sup>49</sup> Aydoğdu, s.64, Aslan, s.8.

<sup>50</sup> Örneğin, öğretmen olan bir kişi arkadaşına otomobilini sattığında bu eşitler arası bir ilişki olup tüketici işlemi değildir, uyuşmazlık çıktığında Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre çözümlenir. Ancak bu otomobili alan kişi arkadaşından değil de bir otomobil galerisinden alsaydı o zaman tüketici işlemi olup uyuşmazlık TKHK kapsamında çözümlenecekti. Ayrıntılı bilgi için bkz.; Aydoğdu, s.65, Narbay, Şafak/Akkuş, Muhammed. “Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme Ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler”, *TAAD.*, Y.11, S.44, Ekim,2020, s.313 vd.

<sup>51</sup> Aslan, s.8.

<sup>52</sup> Ancak Yargıtay bazı kararlarında satıma konu nesnelere sayı ve miktarlarını dikkate alarak tüketim ya da yatırım amaçlı hareket edildiği sonucuna varmıştır. Örneğin bir kararında; “Davacının 17 adet tatil amaçlı devre mülkü tüketim için satın aldığı söylenemez” ifadesi ile tüketici sıfatının olmadığını belirtmiştir (**Yargıtay, 13.HD., 20.01.2015, E.2014/47555 K.2015/907**) Yine arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanarak yüklenici aleyhine açtığı akdin feshinin tespiti davasının tüketici mahkemelerinde değil genel mahkemede görülmesi gerektiğine karar vermiştir (**Yargıtay, 23.HD., 20.03.2015, E.2014/10132 K.2015/1800**) Ayrıntılı bilgi için bkz.; Tutumlu, Mehmet Akif. “Tüketici Uyuşmazlıkları Açısından Tüketici Kavramı ve bu Kavramın Kapsadığı Kişiler, 5. Tüketici Hukuku Kongresi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016, Editörler, Tokbaş,Hakan/Üçışık, Fehim, Ankara,2016, s.572 vd.

kişileri de dahil olmak üzere ticari ve mesleki amaçla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişilerin, tüketicilerle sözleşme imzalanmasından önce, sözleşmenin kurulması sırasında ve sözleşme imzalandıktan sonra yaptıkları uygulamalar da kanun kapsamına alınmıştır<sup>53</sup>.

Tüketicie yönelik uygulama kavramı ile sözleşme öncesinde tüketicinin aldatıcı reklamlara ve ticari uygulamalara karşı korunması amaçlanmış, sözleşme öncesi görüşmelerden sorumluluk anlamına gelen “*culpa in contrahendo*” sorumluluğu yasal bir zemine kavuşmuştur<sup>54</sup>. Sözleşmenin yapılması sırasında aydınlatma yükümlülüğü, garanti belgesi, tanıtma ve kullanma kılavuzu verme zorunluluğu, sözleşme yapma zorunluluğu (doğalgaz, internet, elektrik vs.), sözleşmenin yapılmasından sonra o mala ilişkin satış sonrası hizmetler tüketicie yönelik uygulama olarak belirtilmiş, nihai olarak tüketicinin korunması amaçlanmıştır.

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, tüketici işlemleri ile tüketicie yönelik uygulamalardan doğan uyuşmazlıklar tüketici mahkemelerinin görev alanındadır. 6502 sayılı TKHK'nun 73/A maddesine göre, bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. Dava açılmadan önce arabulucuya başvuru yapılarak sürecin anlaşmazlıkla sonuçlanması ve anlaşmama tutanağının dava dilekçesine eklenerek dava açılması dava şartıdır. Madde hükmünde dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıkların kapsamı oldukça geniş olarak düzenlenmekle beraber, birçok istisnanın da getirildiği de görülmektedir.

## 2. Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Başvuru Zorunluluğunun İstisnaları

Tüketici uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, bazı uyuşmazlıklar bu zorunluluk kapsamında değildir.

*Dava şartı arabuluculuk başlığını taşıyan, TKHK. md. 73/A hükmüne göre;*

*“Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Ancak,*

*a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar*

*b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar*

*c) 73'üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar*

*ç) 74'üncü maddede belirtilen davalar*

*d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklarda, **dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz**”.*

<sup>53</sup> TKHK.'nin 2. maddesinin gerekçesinde kapsamla ilgili ayrıntılı açıklama yer almaktadır; “Kanunun kapsamının belirlendiği ikinci maddede “tüketici işlemlerinin” ve “uygulamaların” kapsam dâhilinde olduğu belirtilmiştir. Böylece, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişilerin, tüketicilerle sözleşme imzalanmadan önce, sözleşmenin kurulması esnasında ve sözleşme imzalandıktan sonra yaptıkları uygulamalar da Kanun kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin, tüketici kredisi verilmeden önce tüketicilere verilmesi öngörülen sözleşme öncesi bilgi formu, devre tatil sözleşmesinin kurulması esnasındaki satış yöntemi veya bir malın satışından sonra o mala ilişkin satış sonrası hizmetler gibi uygulamalar konusunda çıkabilecek uyuşmazlıklara bu Kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu hüküm ile özellikle bir hukuki işleme veya sözleşmeye dayanmayan, tüketicie yönelik haksız ticari uygulamaların da Kanun kapsamında olduğu açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır.”

<sup>54</sup> Zevkliler/ Özel, s.88, Aydoğdu, s.96 vd..

Bu istisnaların ayrı ayrı incelenmesi konunun anlaşılabilmesi için yararlı olacaktır.

### a. Tüketici Hakem Heyetinin Görevi Kapsamında Olan Uyuşmazlıklar

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, tüketici uyuşmazlıklarının çözümü bakımından dava konusunun değerine göre tüketici mahkemeleri ile tüketici hakem heyetleri olarak iki görevli merci belirlemiştir. Öncelikle tüketici hakem heyetlerinin kuruluş ve oluşumu düzenlendikten sonra<sup>55</sup>, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan kaynaklanan ve belirli bir parasal sınırı aşmayan uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunlu tutulmuştur. Bu parasal sınırların<sup>56</sup> üzerindeki uyuşmazlıklarda ise, tüketici hakem heyetlerine değil tüketici mahkemelerine dava açılması gerekir. Parasal sınırın altında kalan uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetine gidilmeksizin dava açılması halinde, davanın mahkemece dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilmesi gerekir<sup>57</sup>. Tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliği öğretide tartışmalı olmakla birlikte kararlarının bağlayıcı olması da dikkate alındığında zorunlu tahkim görüşü ağır basmaktadır<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> TKHK.m.66- (1) Bakanlık, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla il merkezlerinde ve yeterlilik şartları yönetmelikle belirlenen ilçe merkezlerinde en az bir tüketici hakem heyeti oluşturmakla görevlidir.

(2) Başkanlığı illerde ticaret il müdürü, ilçelerde ise kaymakam veya bunların görevlendireceği bir memur tarafından yürütülen tüketici hakem heyeti;

a) Belediye başkanının konunun uzmanı belediye personeli arasından görevlendireceği bir üye,

b) Baronun, mensupları arasından görevlendireceği bir üye,

c) Satıcının tacir olduğu uyuşmazlıklarda ticaret ve sanayi odasının ya da bunların ayrı ayrı örgütlendiği yerlerde ticaret odasının; satıcının esnaf ve sanatkâr olduğu uyuşmazlıklarda, illerde esnaf ve sanatkârlar odaları birliğinin, ilçelerde ise en fazla üyeye sahip esnaf ve sanatkârlar odasının görevlendireceği bir üye,

ç) Tüketici örgütlerinin kendi aralarından seçecekleri bir üye,

olmak üzere başkan dâhil beş üyeden oluşur. Başkan ve üyelerin bu fıkrada yer alan niteliklere sahip yedekleri de ayrıca belirlenir. (Ek cümleler: 11.07.2020-7249/26 md.) Birden fazla baro kurulan illerde il ve ilçe tüketici hakem heyetlerine üye görevlendirilmesi, baroların eşit ve dönüşümlü temsili esas alınarak yapılır. Görevlendirmeye ilişkin usul ve esaslar Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan yönetmelikte gösterilir.

(3) Tüketici hakem heyetinin oluşumunun sağlanmadığı yerlerde noksan üyelikler, yönetmelikle belirlenen üyelik niteliklerine sahip Devlet memurları arasından illerde ticaret il müdürü, ilçelerde ise kaymakam tarafından tamamlanır.

TKHK.m.67- (1) Raportörler il ve ilçe merkezlerinde kurulu bulunan tüketici hakem heyetlerinde istihdam edilebilir. Raportör sayısının yeterli olmadığı illerde ticaret il müdürü tarafından ticaret il müdürlüğü personeli arasından, ilçelerde ise kaymakam tarafından ilçede görevli Devlet memurları arasından yeterli sayıda raportör görevlendirilir.

(2) Tüketici hakem heyeti raportörleri, heyetin çalışmalarına ve kararlarına esas olacak dosyaları hazırlamak ve uyuşmazlığa ilişkin raporu sunmakla görevlidir.

<sup>56</sup> Bu maddede yer alan parasal sınırların 01.01.2021 tarihinden itibaren uygulanması ile ilgili olarak 29.12.2020 tarihli ve 31346 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Ticaret Bakanlığının “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 68’inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6’ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğin” 3. maddesine göre; (1) 2021 yılı için Tüketici Hakem Heyetlerine yapılacak başvurularda değeri: a) 7.550 (yedibinbeşyüzelli) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda İlçe Tüketici Hakem Heyetleri b) Büyükşehir statüsünde olan illerde 7.550 (yedibinbeşyüzelli) Türk Lirası ile 11.330 (onbirbinüçyüzotuz) Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri c) Büyükşehir statüsünde olmayan illerin merkezlerinde 11.330 (onbirbinüçyüzotuz) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri ç) Büyükşehir statüsünde olmayan illere bağlı ilçelerde 7.550 (yedibinbeşyüzelli) Türk Lirası ile 11.330 (onbirbinüçyüzotuz) Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri görevlidir.

<sup>57</sup> Akipek/Yıldırım/Ermenek/Kutlay, s.119.

<sup>58</sup> Taşınar Ayvaz, Sema. “Tüketici Hakem Heyetlerinin Hukuki Niteliği”, *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Editör, Ertan Yardım, Seçkin Yayınları,

Tüketici hakem heyetinin görev alanına giren tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvuru zorunlu değildir. Ancak hemen belirtelim ki ihtiyari arabuluculuğa başvuru her zaman mümkündür. TKHK.m.68/5 hükmü gereği, tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurabilirler.

Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan kaynaklanan ve değeri belirlenen para sınırının altında kalan uyuşmazlıklar tüketici hakem heyetinin görev alanına girmekle birlikte<sup>59</sup>, tarafların İcra İflas Kanunundan kaynaklanan hakları saklı tutulmuştur (TKHK.m.68/1). Bir başka deyişle, bu uyuşmazlıklarla ilgili olarak hakem heyetlerine başvuru yapılmadan doğrudan icra takibi yapılabilir<sup>60</sup>. Hakem heyetlerinin görev alanına giren bu uyuşmazlıklar için, arabuluculuğa başvuru zorunlu olmasa da hakem heyetlerine başvuru yapılmadan icra takibi yapılması halinde, icra hukuku çerçevesinde takibe itiraz edilerek, tüketici mahkemelerinde itirazın iptali davası, borçtan kurtulma davası ve istirdat davası açılması mümkündür. Bu durumda belirtilen uyuşmazlıkların çözümü tüketici mahkemesinin görev alanında olduğu için, TKHK.m.73/A gereği dava şartı arabuluculuk kapsamında kalacaktır<sup>61</sup>.

Ankara, 2018, s. 47, Atalı, Murat, “Yargılama İlkeleri Çerçevesinde Tüketici Hakem Heyetleri”, *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Editör, Ertan Yardım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s.71.

<sup>59</sup> *Yargıtay 11. HD., 13.02.2017, E. 2016/14881 K. 2017/776*; “...Mahkemece, uyuşmazlıkta Ticaret Mahkemesinin görevli olduğu, Tüketici Hakem Heyeti'nin görev alanı dışında kaldığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, karar aleyhine Adalet Bakanlığı'nın yazısı üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına bozma talebinde bulunulmuştur. Dava, Tüketici Hakem Heyeti kararının iptali istemine ilişkindir. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3/k maddesinde Tüketicinin “Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi”yi ifade ettiği, Yasa'nın 3/1 maddesinde Tüketici İşlemini “mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet bankacılık ve benzeri sözleşmelerde dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi “olarak tanımlandığı, Yasa'nın 66/1 maddesinde “Bakanlığın, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla il merkezlerinde ve yeterlilik şartları yönetmelikle belirlenen ilçe merkezlerinde en az bir tüketici hakem heyeti oluşturmakla görevli” olduğu, Yasa'nın 68/1 maddesinde “değeri 2.000.00 TL'nin altında (karar tarihinde 2.320,00 TL) bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine ... başvurunun zorunlu” olduğu, Yasa'nın 83/2 maddesinde de “taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği” düzenlenmiştir. Somut uyuşmazlıkta, hava taşımasının gerçekleşmemesi nedeniyle ödenen bilet bedelinin istirdadı talep edilmekte olup, davalı yolcu 6502 sayılı Yasa'nın 3/k maddesinde ifade edilen “tüketici”, davalının işlemi Yasa'nın 3/1 maddesinde ifade edilen “tüketici işlemi”, olup Yasa'nın 66 ve 68 maddesi hükümleri gereğince uyuşmazlık 6502 sayılı Yasa kapsamında ve Tüketici Hakem Heyeti'nin görev alanı içinde bulunmaktadır. Kaldı ki, 6502 sayılı Yasa'nın 83/2 maddesi açık hükmü de tereddüde yer bırakmayacak şekilde somut uyuşmazlığın 6502 sayılı Yasa kapsamında bulunduğunu vurgulamaktadır. Bu durumda, mahkemece, uyuşmazlığın 6502 sayılı Yasa kapsamında kaldığı, Tüketici Hakem Heyeti'nin uyuşmazlıkta görevli olduğunun kabulü ile işin esasının incelenerek hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi yürürlükteki hukuka aykırı görüldüğünden yazılı emir isteğinin kabulü ile hükmün kanun yararına bozulması gerekmiştir. ...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

<sup>60</sup> TKHK.m.68/1'de yer alan “Tarafların İcra ve İflas Kanunu'ndaki hakları saklı kalmak kaydıyla” ibaresinin Anayasa'nın 10., 36. ve 172. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istenmişse de söz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediği gerekçesiyle talep reddedilmiştir. (AYM. 14.11.2019, E. 2019/99 K. 2019/83).

<sup>61</sup> Akipek /Yıldırım/ Ermenek /Kutlay, s.121, Koçyiğit /Yeşilkaya, s.530., aksi görüş için bkz; Özkes, 2021, s. 32.

## b. Tüketici Hakem Heyeti Kararlarına Yapılan İtirazlar

İl ve ilçe tüketici hakem heyetinin verdiği kararlar tarafları bağlar (TKHK.m.70/1). Ancak tarafların tüketici hakem heyetlerinin verdiği kararlara karşı, kararın tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz hakları vardır. İtiraz, tüketici hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak talep edilmesi şartıyla hâkim, tüketici hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir (TKHK.m.70/3). Tüketici hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği karar ipso iure (yasa gereği) kesindir (TKHK.m.70/5). Bir başka deyişle bu karara karşı temyiz yolu kapalıdır<sup>62</sup>.

Tüketici hakem heyetlerinin görev kapsamına giren tüketici işlemleri ve tüketiciye yönelik uygulamalardan doğan uyuşmazlıklar için verilen kararlara karşı yapılan itirazlarla ilgili tüketici mahkemeleri görevli olduğu halde, bu itirazlar dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında tutulmuştur (TKHK.m.73/A-1/b). Bir başka deyişle bu konuda bir istisna getirilerek, tüketici hakem heyetleri tarafından karara bağlanan bir uyuşmazlığa itiraz edilmesi halinde öncelikle arabulucuya gitme zorunluluğu olmaksızın doğrudan tüketici mahkemelerine gidilebilir.

## c. TKHK.m.73/6 Kapsamındaki Davalar

Tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık; haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve bu Kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hâllerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilir (TKHK.m.73/6)<sup>63</sup>.

Kanun hükmünde belirtilen davalar, tüketicilerin kişisel menfaatlerine ilişkin olmayıp, tüketicileri genel olarak ilgilendiren ve tüketici mahkemelerinde açılan davalardır. Bu davalarla amaçlanan kolektif hukuki yararın korunmasıdır<sup>64</sup>. Haksız ticari uygulamalar ile ticari reklam ve ilanlara ilişkin hükümler madde kapsamı dışında bırakılmıştır. Davacı sıfatına sahip olan tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık, topluluk davaları ile, hukuka aykırı durumun tespitini, önlenmesini ve/veya durdurulmasını talep edebilir, ancak maddi ve manevi tazminat talebinde bulunamazlar. Bu madde ile düzenlenen topluluk davaları da dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında bırakılmıştır.

<sup>62</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Tutumlu, Mehmet Akif, “6502 Sayılı TKHK Hükümleri Işığında Tüketici Hakem Heyetlerine İtiraz Davası”, *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Editör, Ertan Yardım, Ankara, 2018, s.153-171.

<sup>63</sup> Madde gerekçesinde “...Altıncı fıkrada, tüketici mahkemelerinde tüketicilerin ortak çıkarlarının korunması amacıyla dava açma ehliyetine sahip taraflar tüketiciler, tüketici örgütleri, ilgili piyasayı düzenleyen kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık olarak belirlenmiştir. Kendilerine dava hakkı verilenler, haksız ticari uygulamalar ile ticari reklam ve ilanlara ilişkin hükümler dışında, münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde dava açabileceklerdir. Örneğin tehlikeli malların piyasadan çekilmesi gibi talepler bu türden genel nitelikli taleplerdir. Dava hakkı sahiplerinin talepleri, bu Kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hallerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulmasına karar verilmesi yönünde olacaktır...” şeklinde açıklanmıştır.

<sup>64</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğsavul Taşpolat, Melis. “Topluluk Davalarının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bakımından Değerlendirilmesi”, *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Editör, Ertan Yardım, Ankara, 2018, s.101-118, Aslan, s.59.



#### d. TKHK.m.74 Kapsamındaki Davalar

TKHK.m.73/A hükmüne göre dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında bırakılan hususlardan bir diğeri de satışa sunulan seri ayıplı mallar hakkında düzenleme getiren TKHK.m.74 çerçevesinde açılan davalardır. Satışa sunulan bir seri malın ayıplı olması halinde, Bakanlık, tüketiciler ve tüketici örgütleri, seri malın ayıplı olduğunun tespiti, üretiminin ve satışının durdurulması, ayıbın ortadan kaldırılması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için dava açabilirler (TKHK.m.74/1). Ayıplı mal ve hizmet hallerinde tüketicilerin satıcıya karşı başvurabilecekleri yollar ile seçimlik hakları, sadece seri mallarla sınırlı olmayıp, tüm mallar açısından TKHK.m.8 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir<sup>65</sup>. Tüketici örgütleri ile Bakanlığa 74. madde çerçevesinde tanınan dava hakkı ise seri mallar için tanınmıştır. Bir başka deyişle dava açabilmek için ayıplı malların satışa seri olarak sunulması gerekir. Satışa sunulan mallardaki ayıp maddi, hukuki ya da ekonomik ayıp olabilir. Üzerinde seri numarası olsun ya da olmasın aynı çeşit ve tipte çok sayıda üretilerek piyasaya sunulan mallar seri mallar olarak kabul edilir<sup>66</sup>. Aşırı ısınarak patlama tehlikesi yaratan belli seri ve modeldeki diz üstü bilgisayarlar, cilde enjekte edildiğinde alerjik reaksiyonlar oluşturan estetik ürünleri, organ hasarına neden olan zayıflama çayları, hammaddesinde kanserojen ya da sağlığa zararlı diğer maddeler bulunan oyuncaklar, ilaçlar vb. örnek olarak verilebilir. Mahkemenin satışa sunulan malın ayıplı olduğunu tespit etmesi halinde, mahkeme ayıbın niteliğine göre malın satışını geçici olarak durdurma veya ayıbı giderme kararları verebilir. Üretici veya ithalatçı, mahkeme kararının tebliği tarihinden itibaren en geç üç ay içerisinde malın ayıbını kaldırmakla yükümlü olup, malın ayıbının ortadan kalkmasının imkânsız olması halinde mal, üretici veya ithalatçı tarafından toplatılır veya toplattırılır. Toplatılan mallar ise taşıdıkları risklere göre kısmen veya tamamen imha edilir veya ettirilir. İmha edilen malla ilgili tüketicinin dava ve tazminat hakları saklıdır (TKHK.m.74/2). Maddenin son fıkrasında ise, satışa sunulan bir seri malın, tüketicinin güvenliğini tehlikeye sokan bir ayıp taşıması durumunda Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmiştir<sup>67</sup>. Görüldüğü üzere bu madde kapsamındaki davalar, toplumun birçok kesimini ilgilendiren, tüketicilerin ortak menfaatlerinin korunmasını amaçlayan davalardır. Kanun koyucu tarafından madde kapsamındaki davaların dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında bırakılması, uzmanlık isteyen bu tip uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde çözüme bağlanması oldukça kanaatimizce de oldukça yerindedir.

<sup>65</sup> Tüketiciler bireysel olarak TKHK.m.8 ve devamı hükümlerine dayanarak seçimlik olarak tanınan, ayıplı mal ve hizmetlere ilişkin olarak, malın bedelinden indirim, ayıpsız olanı ile değiştirilmesi, ödenen bedelin alıcıya iadesi ve satışa malın geri verilmesi, tüketicinin ayıptan doğan zararlarının tazmini şeklindeki haklarını kullanabilirler.

<sup>66</sup> Zevkliler/Özel, s.502: "...üretim-imalat seri numarası yazılı olarak satışa sunulan otomobil ve elektronik cihazların..., alışımında veya hammaddesinde zehirli ve zararlı madde bulunan tencere, tava vb. mutfak araçlarının satışa sunulması, cilde zararlı olduğu belirlenen maddeden dokunmuş iç çamaşırının piyasaya sunulması, yalıtımı iyi yapılmamış ve elektrik çarpması tehlikesi taşıyan seri dışı çok sayıda aracın piyasaya sürülmesi, sağlığı tehdit eden maddeler içeren temizlik malzemelerinin piyasaya sunulması...".

<sup>67</sup> 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun'un 5. ve 11. maddesi ile tüketicinin güvenliğini tehlikeye atan ürünlere ilişkin daha etkin korunması için ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir.

### e. Tüketici İşlemi Mahiyetinde Olan ve Taşınmazın Aynından Doğan Uyuşmazlıklar

Aynı haklar sahibine eşya üzerinde doğrudan hakimiyet ve yararlanma yetkisi sağlayan, herkese karşı ileri sürülebilen, herkesin kendisine riayetle yükümlü olduğu mutlak haklardandır. Aynı hak sahibi, hakkını kim ihlal ederse, ondan bu hakkına uymasını isteyebilir, mesela üçüncü kişilerin ihlallerine karşı istihkak ve el atmanın önlenmesi davalarıyla koruma sağlayabilir<sup>68</sup>.

TKHK.m.73/A-d gereğince, tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmaz eşyaların aynından doğan, bir başka deyişle taşınmaz eşya üzerinde kurulan, sahibine doğrudan hakimiyet sağlayıp herkese karşı ileri sürülebilen haklarla ilgili uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalar, dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında bırakılmıştır. Taşınmazın aynından doğan davalar doğrudan doğruya taşınmaz üzerindeki bir aynı hakka, mesela mülkiyet hakkına dayanan istihkak davası olabileceği gibi, şahsi bir talep hakkı doğuran sözleşmeye dayanarak taşınmaz üzerinde bir aynı hak değişikliği veya aynı hak sahipliğinde bir değişiklik ortaya çıkaran davalar da taşınmazın aynına ilişkin dava olarak kabul edilmektedir<sup>69</sup>. Ancak taşınmazla ilgili olsa dahi taşınmaz üzerinde aynı hak değişikliğine dayanmayan şahsi hakka ilişkin olan davalar, mesela tazminat davaları taşınmazın aynına ilişkin olmadığı için dava şartı arabuluculuk uygulamasına dahil olacaktır. Tüketici uyuşmazlıkları açısından değerlendirildiğinde, tüketici işlemi mahiyetinde olan konut ve tatil amaçlı taşınmazların aynından kaynaklanan uyuşmazlıklarda mesela devre mülk sözleşmeleri (TKHK.m.50), ön ödemeli konut sözleşmeleri (TKHK.m.40), konut finansman sözleşmelerinden (TKHK.m.32)<sup>70</sup> kaynaklanan uyuşmazlıklarda, kanun koyucu, davanın arabuluculuk yöntemi ile değil mahkemece çözümlenmesini hükme bağlamıştır. Bir başka deyişle dava açmadan önce arabulucuya başvurmak zorunlu değildir, ancak ihtiyari olarak arabulucuya başvurma imkânı saklıdır<sup>71</sup>.

### 3. Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Tüketici Lehine Getirilen Düzenlemeler

TKHK.m.73/A hükmü, zayıf konumdaki tüketiciyi korumak amacıyla, diğer dava şartı arabuluculuk düzenlemelerinden farklı olarak, dava şartı arabuluculuk sürecinde tüketiciyi koruyucu ek önlemler getirmiştir.

<sup>68</sup> Oğuzman, Kemal /Seliçi, Özer /Oktay Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku, İstanbul 2020*, s.14 vd., Ünal, Mehmet /Başpınar, Veysel. *Şekli Eşya Hukuku*, Ankara, 2012, s.64 vd. TMK. m.683/1 hükmüne göre, “Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir”. TMK m. 683/2 hükmüne göre, “Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir”.

<sup>69</sup> 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu md.12 gereğince konu ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

<sup>70</sup> TKHK.m.40; “Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir”; TKHK.m.50; “Devre tatil sözleşmesi, bir yıldan uzun süre için kurulan ve tüketiciye bu süre zarfında birden fazla dönem için bir veya daha fazla sayıda gecelik konaklama imkânı veren sözleşmelerdir”; TKHK.m.32; “(1) Konut finansmanı sözleşmesi, konut edinmeleri amacıyla; tüketicilere kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılması ve bu kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kredi kullandırılmasına yönelik sözleşmedir. (2) Konut finansmanı sözleşmesi yazılı olarak kurulmadıkça geçerli olmaz. Geçerli bir sözleşme yapmamış olan konut finansmanı kuruluşu, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez”, şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>71</sup> Akipek /Yıldırım/Ermenek/Kutlay, s.124, Koçyiğit/Yeşilkaya, s.535.

Bu hükümlerden ilki, tüketicinin arabuluculuk ilk toplantısına katılmaması halinde genel olarak arabuluculuk hükümlerinden ayırık bir hukuki sonuca tabi olmasıdır. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A-11 maddesine göre; “*Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır*”. Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere, taraflardan birinin arabuluculuk ilk toplantısına mazeretsiz katılmaması nedeniyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda, toplantıya katılmayan taraf için bir müeyyide getirilmiş, bu durum son tutanakta belirtilerek, taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderlerinden sorumlu tutulmuş, hatta bu taraf lehine vekalet ücretine dahi hükmedilmeyeceği, yine her iki tarafın da katılmaması halinde ise tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce bu düzenleme ile tarafların arabuluculuk sürecine fiilen katılımının sağlanması amaçlanmıştır. Tüketicinin korunması amacıyla getirilen TKHK.m.73/A-2 hükmünde ise; HUAK.m.18/A-11 hükmünün tüketici aleyhine uygulanmayacağı düzenlenmiş olup, arabuluculuk ilk toplantısına katılmayan tüketici aleyhine yargılama gideri ve arabuluculuk ücretine hükmedilmeyeceği, davadaki haklılık durumuna göre tüketici lehine vekalet ücretine de hükmedileceği açıkça belirtmiştir. Bu hüküm, her ne kadar tüketicinin korunması amacıyla düzenlense de kanaatimizce alternatif yöntem olarak arabuluculuğun toplumda yerleşmesi yönünden çelişkili sonuçlar doğurabilir. Tüketicinin toplantıya katılmamasının müeyyidesi olmayınca katılımın dolayısıyla arabuluculuktan beklenen fiili faydanın sağlanması ihtimali zayıflayacaktır.

Tüketici lehine getirilen diğer önemli düzenlemeler, arabuluculuk ücreti ile yargılama giderleri hakkındadır. TKHK.m.73/A-3,4 hükümleri ile arabuluculuk süreci boyunca tüketicinin korunarak zarar görmemesi amaçlanmaktadır.

Arabuluculuk ücreti ile ilgili genel düzenleme Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda düzenlenmiştir. Tarafların başvurdukları arabuluculuk yöntemi ihtiyari arabuluculuk ise, arabuluculuk süreci anlaşma ile bitsin ya da bitmesin, aksine anlaşma yoksa arabuluculuk ücreti her halde taraflarca eşit olarak karşılanır (HUAK.m.7/2)<sup>72</sup>. Dava şartı arabuluculukta ise arabuluculuk ücreti, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaları halinde, aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılanmakta (HUAK.m.18/A-12), tarafların anlaşmamaları halinde ise, iki saatlik ücret tutarı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesine göre Bakanlık bütçesinden karşılanmakta, iki saatten fazla süren görüşmelerde, iki saati aşan kısma ilişkin ücret taraflarca eşit olarak tarifinin birinci kısmına göre karşılanmakta ve yargılama giderlerinden sayılmaktadır (HUAK.m.18/A-13)<sup>73</sup>. Bu genel hükümler dışında Hukuk

<sup>72</sup> HUAK.m.7/2; “Aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte bulunan Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenir ve ücret ile masraf taraflarca eşit olarak karşılanır”.

<sup>73</sup> HUAK.m.18/A-12; “Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaları halinde, arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılanır. Bu durumda ücret, Tarifinin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamaz”. HUAK.m.18/A-13; “Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması,

Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda, özel kanunlarda dava şartı arabuluculuğa ilişkin kabul edilen özel hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir<sup>74</sup>. İlgili kanunda hüküm bulunan hallerde özel kanun, aksi halde HUAK.m.18 hükmünün uygulanacağı açıktır. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun da özel kanun olması nedeniyle ücrete ilişkin hükümlerde, tüketicinin hakları gözetilerek hazırlanan bu kanun hükümleri uygulanacaktır.

Tüketici uyuşmazlıklarında tüketici arabuluculuk ücreti ödemeyeceği, tüketicinin ödemesi gereken ücretin Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacağı TKHK.m.73/A-3 ile açıkça belirtilmiştir. Buna göre, “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya tarafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları hâlinde tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücreti, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Ancak belirtilen hâllerde arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre iki saatlik ücret tutarını geçemez*”. Kanaatimizce zayıf tarafın en iyi korunma yönteminin yargısal yöntem olduğu kuşkusuzdur, ancak bu hükümdeki gibi alternatif yöntemlerle getirilen özel düzenlemelerle de koruma işlevi sağlanabilir<sup>75</sup>. Madde içeriğine baktığımızda, kanun koyucunun, arabuluculuk faaliyeti sürecindeki her türlü alternatifini ayrı ayrı belirterek *tüketicinin ücret ödemeyeceğini* özellikle vurgulamış olduğunu görüyoruz. Dava şartı arabuluculuk kapsamındaki bir tüketici uyuşmazlığında, arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, katılım sağlanmadığı için görüşme yapılamaması, tarafların anlaşması ya da anlaşamamaları hallerinin hiçbirinde tüketici ücret ödemeyecektir. Tüketicinin ödemesi gereken ücret Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacaktır. Ancak ücretin miktarı sınırlandırılmıştır. Uyuşmazlık konusu meblağ ne olursa olsun, diğer dava şartı arabuluculuk hallerinden farklı olarak bu hükümle, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi çerçevesinde iki saatlik ücreti geçemeyeceği belirtilmiştir<sup>76</sup>. Bu madde kapsamında akla gelen sorulardan birisi de arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sona ermesi halinde tarafların bu hükmün aksini kararlaştırabilip kararlaştıramayacakları hususudur. Arabuluculuk ücretinin satıcı/sağlayıcı tarafından ödeneceği yönündeki anlaşmalarda satıcı/sağlayıcı ücreti öder. Ancak tüketicinin ücret ödeyeceğine dair anlaşmaların geçerli olmayacağı kanaatindeyiz. Zira bu hükmün getiriliş amacı (ratio legis) tüketiciyi korumak, onu külfete maruz bırakmamaktır. Aksi takdirde tüketici içinde bulunduğu uyuşmazlık açısından zayıf taraf olarak anlaşma yapmaya mecbur bırakılabilir.

Tüketicinin ücret ödemeyeceğine ilişkin olarak getirilen bu hüküm arabuluculuk faaliyeti sonucunda açılan davanın tüketici lehine sonuçlanması halinde, onun lehine yargılama giderine

---

taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hallerinde, iki saatlik ücret tutarı Tarifinin Birinci Kısımına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları halinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde uyuşmazlığın konusu dikkate alınarak Tarifinin Birinci Kısımına göre karşılanır. Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır.”

<sup>74</sup> HUAK.m.18/A-19; “İlgili kanunlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin kabul edilen özel hükümler saklıdır.”

<sup>75</sup> Arabuluculuk sürecinde zayıf tarafın korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Ermenek, s.45 vd.

<sup>76</sup> 2021 yılı için en fazla 340 TL olan bu miktar, uygulamada arabulucular tarafından özellikle yüksek meblağlı uyuşmazlıklarda ücret kaybına yol açtığı için eleştirilmektedir. Ancak tüketici hukukunun temeli tüketicinin korunması esasına dayanır. Tüketicinin menfaati üstündür, bu nedenle kanaatimizce de tüketiciye külfet yüklenmemiş olması isabetlidir.

hükmedilmesine engel teşkil etmez<sup>77</sup>. Nitekim TKHK.m.73/A-4 hükmü ile de bu husus belirtilmiştir; “Arabuluculuk faaliyeti sonunda açılan davanın tüketici lehine sonuçlanması hâlinde arabuluculuk ücreti, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre **davalıdan** tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir.”. Kanun hükmü tüketici lehine sonuçlanan davanın yargılama giderlerinin davalıdan tahsil edileceği ifade edilmişse de tüketicinin davalı olması durumunda da davacıdan tahsil edileceği şüphesizdir. Zira tüketici işlemi niteliğindeki bir uyuşmazlıkta satıcı/sağlayıcı davacı, tüketici de davalı olabilir. Kanun hükmünün bu bağlamda tüketici lehine sonuçlanan davada arabuluculuk ücretinin *diğer taraftan* tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir şeklinde anlaşılması daha isabetli olacaktır.

## SONUÇ

Toplumsal düzenin sağlanması için en önemli unsurlardan birisi uyuşmazlıkların en kısa sürede ve menfaatler dengesine en uygun biçimde çözümlenmesidir. Uyuşmazlık çözümlerinde temel yöntem yargı yetkisinin mahkemelere ait olduğu adli sistemdir. Ancak sosyal, ekonomik, teknolojik gelişmeler ihtiyaçların ve uyuşmazlıkların çeşitlenmesine, dolayısıyla mahkemelerin iş yükünün artmasına, yargı sürecinin uzamasına ve adaletin gecikmesine sebep olmuştur. Bu süreç içerisinde hukuk sistemleri alternatif çözüm yöntemlerini benimsemiş ve uygulamaya başlamıştır. Arabuluculuk yöntemi ise en çok uygulanan ve tercih edilen yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Ülkemizde öncelikle ihtiyari olarak uygulanmaya başlayan arabuluculuk yöntemi, toplumsal farkındalığın hızlandırılması amacıyla önce iş hukuku, daha sonra ticaret hukuku ve son olarak tüketici hukukunda dava şartı haline gelmiştir.

Tüketici hukuku dünyada ve ülkemizde çok hızlı gelişen ve değişen, uyuşmazlıkların gittikçe farklılaşıp fazlaştığı hukuk dallarından birisidir. Sanayileşme ve küreselleşme ile ürün çeşitliliğinin artması, güçlü taraf karşısında tüketicilerin korunması ve bu konuda yeni hukuki düzenlemeler yapılması sonucunu doğurmuştur. Bu düzenlemelerle zayıf konumdaki tüketicilerin sağlık ve güvenliği ile ekonomik menfaatlerinin gözetilmesi amaçlanmıştır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun da bu amaçlar doğrultusunda hazırlanmıştır. Ancak uygulama alanının (tüketici işlemi ve tüketici mahkemelerinin görev alanı) oldukça geniş tutulması tüketici mahkemelerinin iş yükü oldukça artmıştır. Zira bir uyuşmazlığın tüketici işlemi olması veya tüketiciye yönelik uygulamalardan doğması halinde tüketici mahkemeleri görevlidir. Tüketici mahkemelerinin artan iş yükü tüketici uyuşmazlıklarının daha uzun bir süreçte ve daha masraflı olarak çözümlenmesine neden olmaktadır. Tüketicinin uyuşmazlığın zayıf tarafı olması dikkate alındığında karşı karşıya kaldığı uyuşmazlık ne kadar hızlı, tasarruflu, pratik olarak çözümlenirse, o kadar etkili korunma sağlanabilir. Tüketici uyuşmazlıkları tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklardandır. Bu çerçevede arabuluculuğun tüketici uyuşmazlıkları açısından yararlı olacağı haklı düşüncesi ile, 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a “Dava şartı arabuluculuk” başlığı ile eklenen 73/A maddesi ile tüketici uyuşmazlıklarında da dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması zorunlu hale getirilmiştir. Çalışmamızda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, tüketiciyi koruma ilkesi de gözetilerek hazırlanan madde hükmünde, arabuluculuğa başvuru zorunluluğu kapsamındaki

<sup>77</sup> Akipek/Yıldırım/Ermenek /Kutlay, s.125, Koçyiğit /Yeşilkaya, s.537.



uyuşmazlıklar ve istisnaları ile arabuluculuk ücretinin ödenme usulüne yer verilmiş, madde kapsamındaki haller dışında tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvuru zorunluluğu HUAK.m.18/A hükmüne tabi tutulmuştur.

Kanaatimizce, hukuk sistemimiz içinde tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk yönteminin benimsenmiş olması, toplumda bu konuda farkındalık yaratacaktır. Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de birçok olumsuz sonuçlara neden olan pandemi süreci ve sonucunda tüketici alanındaki uyuşmazlıkların yoğun artışı ile arabuluculuk yöntemi gözönünde olacaktır. Arabuluculuk tarafların serbest ve açık bir müzakere süreci içerisinde dış baskıya maruz kalmadan görüşmeler yapabildiği, bu sürecin olumlu sonuçlanmaması ihtimalinde yine yargıya başvurulabilen menfaat temelli bir yöntemdir. Taraflar uyuşmazlığı daha esnek olarak kendi istek ve ihtiyaçlarını ön plana alarak uzman arabulucunun desteği ile çözüme kavuşturabilirler. Tüketicinin bilgisizlik, tecrübesizlik, ekonomik açıdan güçsüzlük gibi nedenlerden dolayı zayıf taraf olarak yer aldığı tüketici uyuşmazlıklarında, arabuluculuğun başarılı olabilmesi, uyuşmazlık konusu hakkında uzman, tarafsız ve bağımsız arabulucuların uyuşmazlık konusunu inceleyip değerlendirerek taraflara teknik ve detaylı destek sağlamasına bağlıdır. Bu desteğin sağlanabilmesi için arabulucunun özel uzmanlık ve teknik bilgi gereken tüketici hukuku alanında uzman olması gereklidir, ancak yeterli olamayacaktır. Kanaatimizce *tüketiciyi koruma ilkesi temel alınmak şartıyla*, arabuluculuğun değerlendirici arabuluculuğa doğru yönelmesi gerekir. Uzman arabulucu uyuşmazlığın çözümü için hukuk kurallarının çözümlerini ve sonuçlarını bilmeli, taraflara iletebilmeli ve çözüm önerilerinde bulunabilmelidir. Bu şekilde uyuşmazlık çözümü mahkemelere nazaran hem daha az masraflı hem daha hızlı aynı zamanda kaybedenin olmadığı her iki tarafın da kazandığı menfaat temelli bir çözüme kavuşturulabilir.

## KAYNAKÇA

Abugalı, Gulden. *Tüketici Hukukundan kaynaklanan Uyuşmazlıkların Türk ve Rus Hukukuna Göre Arabuluculukla Çözülmesi*, Ankara, 2020.

Akipek Öcal, Şebnem. “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Usul Hukuku Bakımından Etkileri”, *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Editör, Ertan Yardım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s.17-27.

Akipek, Şebnem/Yıldırım, Abdülkerim/Ermenek, İbrahim/Kutlay, Selda. *Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk, AB.Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Temel Eğitim Kitapçığı*, Ankara, 2021.

Albayrak, Âdem /Koçyiğit İlker. *Sorularla Arabuluculuk Sınavına Hazırlık*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel. *Medenî Usul Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, 2019.

Aslan, İ.Yılmaz. *Tüketici Hukuku Dersleri*, 8.Baskı, Ankara, 2021.

Atalı, Murat. “Yargılama İlkeleri Çerçevesinde Tüketici Hakem Heyetleri”, *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Editör, Ertan Yardım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s.69-86.

Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin. *Medenî Usul Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 2019.

- Aydoğdu, Murat. *Tüketici Hukuku Dersleri*, Ankara 2015.
- Bercovitch, Jacob. *International Mediation*, Chicago, 1991.
- Bulur, Alper. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, *ABD*, S. 4, 2007, s. 30-48.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel. 6325 Sayılı “HUAK’a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri ile İlişkisi”, *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’ a Armağan*, C.I, Ankara, 2014, s.699-723.
- Dür, Orhan. *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, 2. Baskı, Ankara, 2018.
- Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat. *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyarî ve Zorunlu Arabuluculuk*, İstanbul, 2018.
- Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/ Atalı, Murat / Seven, Vural. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Bası, Ankara, 2019.
- Ermeneç, İbrahim. “Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Düzeltilmesi”, *YD.2020/4*, C.46, s.1017-1062.
- Gümüş, Alper. “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Genel Bir Bakış”, *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (2014-2015)*, Editörler; Av. Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, Ankara, 2015.
- Güngör, Hüseyin. *Arabuluculuk*, Ankara, 2008.
- Güngör Güneysu, Gülin. *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Ankara,2000.
- Ildır, Gülgün. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara, 2003 (2003).
- Ildır, Gülgün. “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, *75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara, 2005, s. 385-401 (2005).
- İlhan, Onur. *Arabuluculuk Sözleşmesi*, Ankara, 2020.
- Kara, İlhan. *Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, Ankara, 2015.
- Kekeç, Elif Kısmet. *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 3. Baskı, Ankara, 2016.
- Koçyiğit, İlker/Yeşilkaya, İzzet. *Ticari Davalarda, İş Uyuşmazlıklarında, Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları*, Ankara, 2020.
- Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder. *Medenî Usul Hukuku*, 25. Baskı, Ankara, 2014.
- Moore, Cristopher W. *Arabuluculuk Süreci, Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler, The Mediation Process*, (Çev. Tarkan Kaçmaz, Mustafa Tercan), 4. B., Ankara, 2016.
- Narbay, Şafak/Akkuş, Muhammed. “Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme Ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler”, *TAAD.*, Y.11, S.44, Ekim,2020, s.301-334.
- Oğuzman, Kemal /Seliçi, Özer /Oktay Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*, İstanbul, 2020.
- Özbay, İbrahim. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, *EÜHFD.*, C. X, S. 3-4, 2006, s. 459-475.
- Özbek, Mustafa. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, C. 1, 4. B., Ankara, 2016 (2016).
- Özbek, Mustafa. “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi”, *AÜHFD.*, C. 56, S. 1, 2007, s. 183-231 (2007).
- Özekes, Muhammet. *Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk*, 1. Bası, İstanbul, 2021.
- Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara, 2019.

Özmumcu, Seda. *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, 3. Baskı, İstanbul, 2013.

Pekcanitez, Hakan/ Özekes, Muhammet/ Akkan, Mine/ Korkmaz Taş, Hülya. *Medenî Usul Hukuku*, 15. Baskı, C. 1, İstanbul, 2017 (C.1).

Pekcanitez, Hakan/ Özekes, Muhammet/ Akkan, Mine/Korkmaz Taş, Hülya. *Medenî Usul Hukuku*, 15. Baskı, C. 3, İstanbul, 2017 (C.3).

Roberts, Marien. *Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulama Esasları*, Ankara, 4.Basımdan Çeviri, Şubat 2020.

Sabuncuoğlu, Zeyyad Ziya. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Bursa, 2016.

Sarisözen, Serhat. "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu", *EÜHFD.*, C.XV, 2011/1-2, s.255-271.

Sevim, Onur Utku. *Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara, 2016.

Şahin, Tuğçem/Çelik, Yasin/Ruhi, Ahmet Cemal. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi*, Ankara, 2018.

Tanrıver, Süha. "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış", *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Ankara, 2006, s.821-842 (2006).

Tanrıver, Süha. *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, *Makalelerim II*, Ankara, 2011 (2011).

Taşpınar Ayvaz, Sema. "Tüketici Hakem Heyetlerinin Hukuki Niteliği", *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Editör, Ertan Yardım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s.43-51.

Tıktık Yazıcı, Çiğdem. *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, İstanbul, 2013.

Tuğsavul Taşpolat, Melis. *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara, 2012 (2012).

Tuğsavul Taşpolat, Melis. "Topluluk Davalarının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bakımından Değerlendirilmesi", *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Editör, Ertan Yardım, Ankara, 2018, s.101-118 (2018).

Tutumlu, Mehmet Akif. "Tüketici Uyuşmazlıkları Açısından Tüketici Kavramı ve bu Kavramın Kapsadığı Kişiler", 5. *Tüketici Hukuku Kongresi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016*, Editörler, Tokbaş,Hakan/Üçışık, Fehim, Ankara, 2016, s.572-588 (2016).

Tutumlu, Mehmet Akif. "6502 Sayılı TKHK Hükümleri Işığında Tüketici Hakem Heyetlerine İtiraz Davası", *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Editör, Ertan Yardım, Ankara, 2018, s.153-172 (2018).

Uyumaz, Alper. "Tüketici Hukukundan Doğan Alternatif Çözüm Yolları", *SÜHFD.*, C.20, S.1,2012, s.103-132.

Ünal, Mehmet /Başpınar, Veysel. *Şekli Eşya Hukuku*, Ankara, 2012.

## Tasarruf Finansman Sözleşmesi \*

Nurtaç ENDES SELVİ 

Araştırma Görevlisi, Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Bölümü., [nurend@gmail.com](mailto:nurend@gmail.com), (Sorumlu Yazar /  
Corresponding Author)

### Makale Bilgileri

### ÖZ

#### Makale Geçmişi

Geliş: 15.05.2021

Kabul: 12.08.2021

Yayın: 24.08.2021

#### Anahtar Kelimeler:

Tasarruf Finansman Sözleşmesi, Faizsiz Tasarruf Finansmanı, Tasarruf Finansmanı, Finansman Aracılık Hizmetleri, İslami Finansman Modeli.

Faizsiz tasarruf planlaması yapmak isteyen veya banka kredi faizlerinin yüksek olması sebebiyle kredi çekemeyen bireyler tarafından tercih edilen sistem, tasarruf finansman sistemidir. Bu sistemde, katılımcıların tasarruflarını bir araya getirerek bir sıra içerisinde birbirlerinin başta konut ve motorlu taşıt olmak üzere çatılı işyeri gibi sair varlıkların alımlarını finanse etmeleri sağlanmaktadır.

Tasarruf finansman sistemi yürüten firmalar, yabancı ülkelerde uygulaması bulunan “dönüşümlü kredi tasarruf birliklerine” benzer bir faaliyet yürüterek benimsedikleri farklı metodlarla belirli bir vade sonunda finansmana ulaşmak suretiyle faizsiz olarak bireyler varlık kazandırmaktadırlar. Firmaların yürüttüğü faaliyet teknik anlamda bir finansal aracılık hizmetidir. Türkiye’de finansal hizmetler özel kanunlarla düzenlenen faaliyetler olduğu için faizsiz tasarruf finansman sistemlerinin de kanuni bir dayanağa sahip olması gerekirken, 2021 yılına kadar kanuni düzenleme yapılmamıştır. Bu sistemlerin rağbet görmeye başlaması ile firma sayılarında da bir hayli artış olmuş, bunun doğal sonucu olarak da sistemin ve firmaların güvenilirliği de tartışma konusu haline gelmiştir. Sistemlere aktarılan fonların çok olması, katılımcıların korunması ve finansmanı organize eden şirketlerin denetim altında tutulabilmesi gerekliliği Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’nu (BDDK) devreye sokmuştur.

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından yürütülen yoğun çalışmalar neticesinde özel firmalarla sunulan “tasarruf finansmanı” hizmetlerinin yasal bir çerçeveye sahip olması ve firmaların denetim altında tutulabilmesi adına bir kanun teklifi TBMM’ye sunulmuştur. 17.02.2021 tarihinde kabul edilen 7292 sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” 07.03.2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yapılan değişikliklerle beraber tasarruf finansman şirketleri ve bu şirketler tarafından yapılan sözleşmeler “tasarruf finansman sözleşmesi” adı altında 6361 sayılı kanun kapsamına dahil edilerek kanuni dayanak kazanmıştır. Böylece bugüne kadar düzenleyici ve denetleyici bir otoritenin denetimi olmadan finansal aracılık yapan şirketlerin Kanun’da belirtilen esaslara uygun olarak kurulmaları ve faaliyet göstermeleri gerekmektedir. Mevcut düzenlemeler hem katılımcıların hak ve menfaatlerini korumayı hem de finansal piyasalarda güvenilirliği korumayı amaçlamaktadır.

Çalışmamızda 6361 sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu” kapsamında düzenlenen “tasarruf finansman faaliyeti” ile “tasarruf finansman sözleşmesi” sözleşmeye dair usul ve esaslar, sözleşmenin hukuki niteliği, tarafları, tarafların yükümlülükleri ve sorumlulukları ele alınarak incelenmiştir.

## Savings Financing Contract

### Article Info

### ABSTRACT

#### Article History

Received: 15.05.2021

Accepted: 12.08.2021

Published: 24.08.2021

#### Keywords:

Savings Financing Contract, Interest- Free Savings Financing, Savings Financing, Financial Intermediation Service, Islamic Financing Model.

Savings financing system is preferred system by individuals who want to make an interest- free savings plan or cannot receive loan due to high bank loan rates. In this system, while savings of the participants are able to combine and finance in a row each other’s purchases of other assets such as house, motor vehicle, as well as roofed workplace.

Companies that are conducting a savings financing system provide assets to individuals as interest- free by conducting activity in similar to “Rotating Saving and Credit Associations”, which are used in foreign countries, thereby reaching financing at the maturity of a tempus certum using different methods. Conducting activity of companies is technically a financial intermediation service. In Turkey, as financial services are enacted by special laws also interest- free savings financing systems have a statutory basis, legal regulations has not been until 2021. With the popularity of these systems, there has been increase considerably in the number of companies, as a naturel consequence of this, the reliability of the system and companies has also become a matter of discussion. By the fact that the funds transferred to the systems are high, the protection of the participants and the necessity to be able to keep under control the companies that organize the financing have put the Banking Regulation and Supervision Board into action.

As a result of the conducted intensive work by the Banking Regulation and Supervision Board, a bill of law was submitted to the Turkish Grand National Assembly in order to have a statutory basis of the “savings financing” services offered by the private companies and keep under control the companies. The enrolled law No. 7292 on 17.02.2021, “The Amendment of financial leasing, factoring and financing companies law and some certain laws” entered into force on 07.03.2021. With the amendment made, the savings financing companies and the contracts made by these companies under the name of “savings financing contract” were included in the scope of the law numbered 6361 and have a statutory basis. Thus, until today companies that have acted as financial intermediaries without the supervision of a regulatory and supervisory authority must be established and operated canonically the rules and procedures in the law. The current regulations aim both the protect the rights and interests of the participants and to protect the credibility in the financial markets.

In our study, “savings financing activity” and “savings financing contracts” which are regulated in the scope of the law numbered 6361 “Financial Leasing, Factoring, Financing and Savings Financing Companies Law”, are examined by dealing the contractual rules and procedures, the legal nature of the contract, the parties, the obligations and liabilities of the parties.

**Atf/Citation:** Selvi, Nurtaç Endes. (2021). Tasarruf Finansman Sözleşmesi, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), s.441-467.

**Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

“This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)”



\* Bu makale, 10-12 Nisan 2021 tarihinde Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından gerçekleştirilen Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi’nde bildiri olarak sunulmuştur.

## GİRİŞ

Gelişen ve gelişmekte olan ülkelerde nüfusun hızla artması ile paralel olarak bireylerin temel ihtiyaçlarında da her geçen gün artış görülmektedir. Nüfus artışı, göçler, afet riski, güvenli, nitelikli, dayanıklı yerlerde yaşama isteği toplumun temel ihtiyaçlarını belirleyen parametreler olarak karşımıza çıkmaktadır. Gelir dağılımındaki adaletsizlik, ülke ekonomisinde meydana gelen gözle görülen veya görülmeyen dalgalanmalar, enflasyonun yüksek seyri elde edilen gelirle tasarruf veya yatırım yapma ihtimalini neredeyse imkansızlaştırmaktadır. Bunun sonucu olarak da bireylerin peşin alım gücü düşmektedir. Peşin alım gücünün olmaması başta konut olmak üzere, taşıt, işyeri gibi ihtiyaçların karşılanması için çeşitli finansman araçlarına başvurulma zorunluluğunu doğurmaktadır<sup>1</sup>.

Ekonomik yapının en önemli alt sistemini teşkil eden finansal sistemin temel unsurlarından biri finansal araçlardır. Finansal araçlar, tasarruflular ile yatırımcılar arasında yer alan ve birinden diğerine fon aktarımına yardımcı olan temel mekanizmayı oluştururlar<sup>2</sup>. Yatırımların finansmanında finansal sistem büyük önem arz eder, çünkü tasarruflarını değerlendirmek isteyen çok sayıdaki tasarruf sahibinin girdiği finansal piyasalarda yatırımlar bir havuzda birikmekte ve yatırım harcamalarını karşılayamayan yatırım sahiplerine kaynak temini krediler vasıtasıyla transfer edilmektedir. Finansal sistemin gelişmesi, yani sistemin hem büyümesi hem de yapı itibarıyla değişmesi, finansal derinleşme olarak da ifade edilir. Finansal derinleşmenin bir yansıması da finansal araçların sunduğu hizmetlerin genişlemesidir. Finansal piyasaların derinlik kazanmaması ise finansal açıdan sığ ekonomilerin hâkim olduğu ülkelerde bankacılık sisteminin baskın olmasına sebep olur. Ancak gelişme devam ettikçe ve ekonomi büyüdükçe bankacılık sistemi önemini kaybetmeye başlar<sup>3</sup>. Bankacılık, konvansiyonel finansman sisteminin bir parçasıdır ve bu sistem tarafından sağlanan fonlar faize dayanmaktadır. Bu durum gelişmekte olan ülkelerde finansman maliyetlerini aşırı yükseltmekte, yüksek finansman maliyetleri de finansmana ulaşmayı zorlaştırmaktadır<sup>4</sup>.

Finansal araçlar içinde en çok tercih edilen sistem bankacılık olmakla birlikte, bankaların son yıllarda uyguladıkları yüksek faiz oranları veya bireylerin faizsiz tasarruf taleplerinin fazla olması alternatif sistemlerin doğmasına sebep olmuştur. Konvansiyonel finans sisteminin alternatifi ise faizsiz finansman kuruluşlarıdır<sup>5</sup>. Son yıllarda ülkemizde en çok tercih edilen sistem,

<sup>1</sup> Ekonomilerin tasarruf konusunda daha dikkatli olması gerekmektedir. Zira, bireylerin tüketim davranışlarındaki hızlı değişimler, ulusal kriz sayılarının artması ve küreselleşme, uluslararası krizlerin de etkilerinin hızlı bir şekilde yayılmasını sağlamaktadır. Tasarrufların artırılması kalkınmanın ve büyümenin de temelidir. Bu konuda bkz. Özcan, Burcu/ Peker, Ayşe Esra. Özel Tasarrufun Belirleyenleri: Türkiye Örneği, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 28, S. 2, Temmuz 2018, 185, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/firsbed/issue/39182/460935>, (E.T. 15.04.2021).

<sup>2</sup> Tuna, Abdulkadir. Finansal Ekonomi, *İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi*, [https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr/auzefcontent/20\\_21\\_Guz/finansal\\_ekonomi/2](https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr/auzefcontent/20_21_Guz/finansal_ekonomi/2), (E.T. 21.03.2021).

<sup>3</sup> Afşar, Aslı. Finansal Gelişme ile Ekonomik Büyüme Arasındaki İlişki, *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, S. 36, 2007, 189 vd., <https://dergipark.org.tr/tr/pub/mufad/issue/35607/395635>, (E.T. 21.03.2021).

<sup>4</sup> Okur, M./ Çatıkkaş, Ö./ Ersoy, M.. Bir Gölge Bankacılık Uygulaması Olarak Gayrimenkul Finansmanında Alternatif Bir Faizsiz Finansman Modeli: İpoteğe Dayalı Paylaşımlı Faizsiz Finansman Modeli, *İşletme Araştırmaları Dergisi*, 10/4, 2018, 391, [https://www.isarder.org/2018/vol.10\\_issue.4\\_article19\\_full\\_text.pdf](https://www.isarder.org/2018/vol.10_issue.4_article19_full_text.pdf), (E.T. 25.03.2021).

<sup>5</sup> Okur/ Çatıkkaş / Ersoy, 391.



tasarrufa dayalı faizsiz finansman sistemidir<sup>6</sup>. “İslami finansman modeli<sup>7</sup>” olarak da anılan, tasarrufa dayalı faizsiz finans sistemi, geçmişi birkaç yüzyıla dayanan ve farklı şekillerde uygulanan bir sistemdir. Türkiye’deki geçmişi taşıt edindirmeye yönelik faaliyetle 90’lı yıllarda başlamış, 2000’li yıllardan itibaren de konut finansmanına yönelmiştir<sup>8</sup>. Sistemin yürütücüleri teknik anlamda finansal aracılık faaliyeti yürüten, uluslararası platformda uygulaması bulunan “dönüşümlü kredi tasarruf birliklerine”<sup>9</sup> benzer bir faaliyet icra eden özel firmalardır. Firmalar, müşterilerin konut, araç, işyeri gibi ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yapılan anlaşmaya bağlı olarak peşinat ödeyerek veya peşinatsız, faizsiz geri ödemelerle, belirli bir vade sonunda ihtiyaç duydukları finansmanın ihtiyaç sahibine temin edilmesini sağlamaktaydılar. Yürütülen finansal hizmet, 2021 yılına kadar kanuni bir düzenleme altına alınmamış, firmalar denetime tabi olmaksızın faaliyet icra etmeyi sürdürmüşlerdir. Bu süre zarfında sisteme gösterilen ilginin fazlalığı firmaların da sayısını arttırmış, sistemin ve firmaların güvenilirliği de tartışma konusu haline gelmiştir. Nihayetinde “tasarrufa dayalı faizsiz finansman sistemi”, 17.02.2021 tarihinde kabul edilen, 7292 sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”<sup>10</sup> kapsamında 6361 sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu”nda yapılan değişiklikle “Tasarruf Finansman” modeli adı altında hukukumuzda girmiştir.

Getirilen değişiklik ile birlikte 6361 sayılı kanunun adı “Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu” olarak değiştirilmiştir. Bunun dışında tasarrufa dayalı faizsiz finansman hizmeti veren şirketlerin unvan ve kuruluş esasına dair şartlar getirilmiş, tasarruf finansman şirketlerinin müşteriler ile yaptıkları sözleşmeler “tasarruf

<sup>6</sup> Tasarrufa dayalı finansman düşüncesinin temeli 1775 yılında İngiltere’de kurulan “Yapı tasarruf sandıkları”dır. Yapı tasarruf sandıkları kolektif dayanışma temeline dayanmaktadır. Üyelerin konut temini için ihtiyaç duydukları krediyi sağlamak ve potansiyel kredi gereksinimini karşılamak amacıyla konut sahibi olmak isteyen bireylerin belirli bir hesaba düzenli ödeme yaparak tasarruf sağlaması, hesaptaki tasarrufun belirli bir miktara ulaşması ile de kredi hakkının doğması amaçlanmıştır. Bankaya benzer faaliyet gösterecek de banka statüsünde olmayan bu sandıklar Almanya’da olduğu gibi Bankacılık Denetleme Kuruluşları ile denetim altında tutulmaktadır. Bu konuda bkz. Kılıç, Selim. Konut Finansman Modeli Olarak Yapı Tasarruf Sandıkları; Almanya ve Türkiye’deki Uygulamaları, Yönetim ve Ekonomi, *Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 235 vd., <https://dergipark.org.tr/tr/pub/yonveek/issue/13686/165630>, (E.T. 11.04.2021); Birsin, Mehmet/ Ötegeçeli, Hatice. Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi ve Fıkhi Meşruyeti Üzerinde Yapılan Değerlendirmeler, *Mesned İlahiyat Araştırmaları Dergisi*, C. 10, S. 1, 2019, 87 vd., <https://dergipark.org.tr/tr/pub/mesned/issue/46608/584675>, (E.T. 11.04.2021).

<sup>7</sup> İslami finans sistemi olarak da ifade edilen bu finans yapısı, temel prensiplerini, usul ve esaslarını İslam hukukundan almaktadır. Bu temel prensipler: Faizin yasak olması, risk, kar ve zarar paylaşımı ile belirsizlik (garar) yasağıdır. Bu konuda bkz. Karahan, Hediyeullah/ Ersoy, Hicabi. Faizsiz Finansın Temel Prensipleri ile Türkiye’de Reel Kesimde Kullanılması, *Maliye ve Finans Yazıları*, C. 0, S. 105, 2016, 95 vd., <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/302022>, (E.T. 17.04.2021); Çekin, Ömer. *Tasarrufa Dayalı Finansman Sistemi ve İslami Finans İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İslam İktisadı ve Finansı Anabilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2018, 78 vd.

<sup>8</sup> Çekin, 16 vd.; Beybur, M./Çetinkaya, M.. Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finans Sistemine Jak Bankacılık ve Karz-ı Hasen Sistemi Önerisi, *The Journal of Social Science*, C: 5, S: 9, 2021, (DOI: 10.30520/tjsosci.880196, E.T. 25.03.2021); Okur/ Çatıkkaş / Ersoy, 393; Birsin/ Ötegeçeli, 89.

<sup>9</sup> Dönüşümlü kredi tasarruf birlikleri, sözleşmeye dayalı tasarruf sistemi temeline dayanmaktadır. Sözleşmeye dayalı tasarruf (contractual savings) tasarruf sahibinin belirli bir dönem birikim yaptıktan sonra önceden belirlenmiş olan menfaate ulaştığı bir sistemdir. Bkz. Akbulak, Yavuz. Türk Finans Hukukunda Yeni Bir Kurum: “Tasarruf Finansman”, *Legal Blog*, 2021, 2, <https://legal.com.tr/blog/genel/turk-finans-hukukunda-yeni-bir-kurum-tasarruf-finansman>, (E.T. 09.04.2021).

<sup>10</sup> R.G. 31416, 07.03.2021.

finansman sözleşmesi” adı altında tanımlanarak genel esasları belirlenmiş, şirketlerin faaliyetleri<sup>11</sup> ve yapabilecekleri işlemler sınırlandırılmış, şirketler ve yürütülen tasarruf finansman hizmeti BDDK’nın denetimine tabi tutulmuş ve öngörülen esaslara aykırı faaliyet yürütülmesi yaptırımla müeyyidelendirilmiştir.

Çalışmamızda mevcut değişikliklerle 6361 sayılı Kanun’a yeni bir müessese olarak işlenen tasarruf finansman sözleşmesinin konusu, hukuki niteliği, unsurları, tarafların borçları ve sona ermesi genel hatları ile ele alınmış, mevcut durum itibariyle karşılaşılabilecek muhtelif uyuşmazlıklara dair kısa tespit ve değerlendirmeler yapılmıştır.

### I. Tasarruf Finansman Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

Tasarruf finansman sözleşmesi 6361 sayılı Kanun’un 39/A hükmünde 5 fıkra altında düzenlenmiştir. Kanun’un yürürlüğe girmesinin akabinde BDDK tarafından “Tasarruf Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik” taslağı hazırlanarak görüşe açılmış, söz konusu Yönetmelik 07.04.2021 tarih 31447 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmelikte tasarruf finansman sözleşmesine ve müşteri haklarına dair detaylı düzenlemelere de yer verilmiştir.

Tasarruf finansman sözleşmesinin amacı, konut, çatılı işyeri veya taşıt edinimi için finansman ihtiyacı duyan müşteriye tasarruf finansman şirketi vasıtasıyla faizsiz finansman esaslarına göre finansman temini sağlamaktır. Şirketler, temel olarak belirli bir malvarlığının satılmasından ziyade müşterilerin satın almak istedikleri varlık için finansman sağlamaktadırlar. Tasarruf etme ve finansman sağlama olmak üzere iki aşamadan<sup>12</sup> oluşan sistemde bireysel tasarruf veya çekilişli grup tasarrufu imkânı sunulmaktadır. Bireysel tasarrufta müşteriler sözleşmede kararlaştırılan finansman karşılığında belirli bir vadeye kadar para yatırmakta, grup tasarrufunda ise peşinatlı veya peşinatsız olarak müşterilerin ödeme planlarına göre oluşturulan gruplar arası çekiliş yapılmak suretiyle tasarruf edecekleri dönem belirlenmektedir. Tahsisat ödemesi<sup>13</sup> yapıldıktan sonra finansman tarihi itibariyle finansman dönemi için geri ödemeler tamamlanana kadar finanse edilen varlıkların karşılığında rehin veya ipotek teminatı istenmektedir. Şirketlerin müşterilerle yapacakları sözleşmelerin genel esasları<sup>14</sup>, sözleşmede yer alacak unsurlar şirketler tarafından uygulamaya konulmadan önce hazırlanan ve BDDK’nın onayını alan içerikteki Yönetmelik’in 15. maddesinde öngörülen “genel faaliyet ilkeleri dokümanı”na göre belirlenecektir.

<sup>11</sup> 6361 sayılı Kanun m. 3/1-1’ye göre “tasarruf finansman faaliyeti, bir sözleşme kapsamında önceden belirlenmiş koşulların gerçekleşmesi şartıyla konut, çatılı iş yeri veya taşıt edinimi için faizsiz finansman esaslarına göre belirli bir süre tasarruf edilmesi, müşterilere finansman kullanılması ve toplanan tasarrufların yönetimidir”.

<sup>12</sup> Kanunda ve Yönetmelik’te söz konusu aşamalar “tasarruf dönemi” ve “finansman dönemi” olarak ifade edilmektedir.

<sup>13</sup> 6361 sayılı Kanun m. 3/1-1’ye göre tahsisat, “Tasarruf finansman sözleşmesi uyarınca, tahsisata hak kazanılmasına ilişkin koşulların yerine gelmesi şartı ile müşterinin tasarruf birikimlerinin ve sözleşme kapsamında taahhüt edilen finansman tutarının müşterinin, mirasçısının veya vekilinin konut, çatılı iş yeri veya taşıt edinmesi amacıyla satıcı konumundaki üçüncü kişilere hesabına ödenmesi”dir.

<sup>14</sup> Bu kapsamda müşterinin biriktirmesi gereken toplam tasarruf tutarı, tasarruf döneminden sonra hak kazanılacak finansman miktarı, organizasyon ücreti ve masraflar ile varsa sözleşme kapsamındaki diğer getiri ve maliyetlere ilişkin hesaplama yöntemleri genel faaliyet ilkeleri dokümanına göre sözleşmede belirlenmesi gereken hususlardır.

Kanun'un 39/A maddesinin birinci fıkrasında tasarruf finansman sözleşmesi, “*belirli bir tasarruf tutarı ve dönemine bağlı olarak önceden belirlenmiş koşulların gerçekleşmesi şartıyla konut, çatılı iş yeri veya taşıt edinimi için müşteriye finansman kullanma hakkı veren, şirkete ise müşteriye ait birikmiş tasarruf tutarını yönetme, geri ödeme ve finansman kullandırma yükümlülüğü ile organizasyon ücreti alma hakkı veren, faizsiz finansman esaslarına göre düzenlenen sözleşme*” olarak tanımlanmaktadır. Tanıma göre tasarruf finansman sözleşmesinin iki tarafı vardır. Bunlar, tasarruf finansman şirketi<sup>15</sup> ve finansman ihtiyacı olan müşteridir<sup>16</sup>. Bu ilişkiye müşterinin satın almak istediği ediminin satıcısı taraf değildir<sup>17</sup>. Müşteri tanımına Kanun'da yer verilmemiştir. Yönetmelik'in tanımlar başlığını taşıyan 3/1-g maddesine göre müşteri, tasarruf finansman sözleşmesini imzalayan gerçek veya tüzel kişidir.

Kanun'un 39/A, f. 5 ve Yönetmelik'in 16/4. maddelerinde tasarruf finansman sözleşmesinde asgari olarak bulunması gereken unsurlar sayılmıştır. Buna göre; “*Konut, çatılı işyeri veya taşıt olarak belirlenmiş finansman konusuna, tutarlara (sözleşmenin tutarı, asgari tasarruf oranı, finansman tutarı, varsa finansman maliyeti ve toplam geri ödeme tutarı), vadeye (tasarruf dönemi ile finansman dönemi vadeleri, öngörülen tahsisat tarihi ve finansman geri ödeme tarihleri), finansman tarihi itibarıyla finansman dönemi için talep edilmesi öngörülen teminatlara, organizasyon ücretine, (varsa) tasarruf dönemi için müşteriye sağlanacak getiriye, gelir, maliyet ve masraflara, konut, çatılı iş yeri veya taşıt edinimine yönelik tasarruf etme ve finansman kullandırma dönem ve koşullarına, iade süre ve şartlarına, temerrüde, cayma hakkının kullanımına, sözleşmenin sona ermesine, feshine, mirasçılara intikaline, üçüncü taraflara devrine, tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin hükümlere*” sözleşmede yer verilmelidir.

Tasarruf finansman sözleşmesinin Kanun'da yapılan tanımından çıkarılabileceğimiz başlıca objektif esaslı unsurlar şunlardır: Konut, çatılı işyeri veya taşıt edinmeye yönelik faizsiz finansman sağlanması, şirketin müşteriye ait birikmiş tasarruf tutarını yönetmesi, müşterinin aldığı finansmanı belirli bir ödeme planı çerçevesinde geri ödemesi, şirketin organizasyon ücreti alma hakkı.

<sup>15</sup> Tasarruf finansman şirketleri, Kanun'un 4 vd. maddelerinde belirtilen esaslara göre kurulmuş, en az yüz milyon Türk lirası ödenmiş sermayesi olan anonim şirketlerdir.

<sup>16</sup> Her ne kadar Kanun'un 39/A maddesinde tasarruf finansman sözleşmesinin tarafı olarak finansman temini için şirkete müracaat eden gerçek veya tüzel kişiler müşteri olarak ifade ediliyorsa da ileride açıklandığı üzere tasarruf finansman şirketi ile müşteri arasında kurulan ilişkinin (tasarruf finansman şirketleri ile tacirler arasında kurulan ticari amaçlı sözleşmeler hariç) temel olarak bir tüketici ilişkisi olması sebebiyle müşterilerin tüketici olarak düşünülmesi gerekmektedir.

<sup>17</sup> Kanun'un 3/1-k maddesinde yapılan tahsisat tanımında müşterinin hak kazandığı tahsisat kapsamında tasarruf birikimlerinin ve şirket tarafından taahhüt edilen finansman tutarının satıcı konumundaki üçüncü kişilere hesaben ödeneceği öngörülmekte ise de bu durum satıcı tasarruf finansmanı ilişkisinin tarafı haline getirmez. Şirket, müşterinin ihtiyacı olan varlığın satıcısı ile bir sözleşme ilişkisi içinde değildir. Müşteri, satıcıya kendi ulaşmakta, gerekli incelemeler sonucunda tahsisat ödemesine aykırı bir durum tespit edilmediği takdirde alıcı (müşteri) ile satıcı arasında devir işlemleri gerçekleştirilirken şirket ödemeyi müşteri adına ve hesabına satıcıya yapmaktadır. Uygulamadaki diğer finansman sözleşmelerinde finansman şirketi, satıcı ve alıcı arasında üçlü bir ilişki mevcuttur. Zira, şirket önceden satıcı ile alıcıya sağlanacak kredinin esas ve usullerini içeren genel bir sözleşme yapmaktadır. Alıcı bu sözleşmeye taraf olmamakla beraber alıcının şirketle yapacağı finansman sözleşmesinin ve ihtiyacı olan mal veya hizmeti temin edebilmesinin ön şartı şirket ve satıcı arasındaki çerçeve sözleşmenin varlığıdır. Finansman sözleşmesine dair açıklamalar için bkz. Yavuz, Cevdet. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 13. B., İstanbul 2014, 453.

### A. Konut, Çatılı İşyeri veya Taşıt Edinmeye Yönelik Faizsiz Finansman Sağlanması

Bu unsura göre müşteri, şirkete sadece konut, çatılı işyeri veya taşıt edinimi sebebiyle finansman başvurusunda bulunabilmektedir. Bu bakımdan sözleşmenin konusunu, müşterinin ihtiyacını karşılamak için ihtiyaç duyduğu konutu, çatılı işyerini veya taşıtı edinmesi amacına yönelik sözleşmede kararlaştırılan finansmanın şirket tarafından temin edilmesi oluşturmaktadır. Kanun'daki mevcut düzenleme ile sözleşmenin ve tasarruf finansman faaliyetinin konusunun da konut, çatılı işyeri veya taşıt olmak üzere sınırlandırıldığı görülmektedir. Müşteri bu edinimler dışında başka bir varlık edinimi için veya bir varlık edinimi göstermeksizin doğrudan finansman desteği için şirkete başvuramayacaktır<sup>18</sup>. Bu noktada sistemi sektördeki diğer uygulamalardan ayıran en temel unsurlardan biri şirketten temin edilecek finansmanın tasarruf etme şartına bağlı olmasıdır. Şirket, müşterinin finansman ihtiyacı olan varlığı bulması kaydıyla müşteriye finansman teslimini gerçekleştirmektedir.

Şirket, müşterinin ihtiyacı olan finansmanı sözleşmede belirlenmiş olan tasarruf tutarı ve tasarruf dönemine bağlı olarak önceden belirlenmiş koşulların gerçekleşmesi şartıyla temin edecektir. Söz konusu şartlar, Yönetmelik'in 15. maddesinde öngörülen "genel faaliyet ilkeleri dokümanında" sözleşme kapsamına dair belirlenen genel çerçeveye uygun olarak tespit edilmiş esaslardır. Bu esaslardan biri de sözleşmenin faizsiz finansman esaslarına göre düzenlenmiş olmasıdır.

### B. Şirketin Müşteriye Ait Birikmiş Tasarruf Tutarını Yönetmesi

Müşterinin şirketle akdettiği tasarruf finansman sözleşmesi gereğince tahsisat ödenene kadar müşteri tarafından yapılan tasarruf ödemeleri tasarruf fon havuzunda toplanmaktadır. Tasarruf fon havuzu, Kanun'un 3/1-m maddesinde "belirli bir dönemde tasarruf finansman şirketi nezdindeki birikmiş tasarruflar ve finansman geri ödemelerinden oluşan tutarlar toplamından, tahsisat olarak verilmiş tutarlar ile tasarruf geri ödemelerinin düşülmesinden sonra kalan tutar" olarak tanımlanmaktadır. Fon havuzunda biriken yatırımlar şirketin kendi hesaplarından ayrıdır. Şirket, tasarruf fon havuzunda birikmiş müşterilere ait tasarrufları Kanun'un 39/B ve Yönetmelik'in 23. maddelerine göre faizsiz yatırım araçları<sup>19</sup> ile yönetmelidir. Yatırımların yönetilmesi neticesinde elde edilen getiri, sözleşmede yatırılan tasarrufların müşteriye getiri sağlanması öngörülmüş olmak kaydıyla müşterilerin tasarruf birikimlerine ilave edilir. Sözleşmede

<sup>18</sup> Düzenleme öncesi dönemde bazı şirketlerin müşterilerin arazi ihtiyaçlarını tedarik etmek için finansman sağladıkları ve hatta edinim karşılığı olmaksızın doğrudan finansman desteği sağlayan uygulamalara başvurarak "gölge bankacılık" faaliyeti icra eder bir mahiyet arz ettikleri görülmekteydi. Bu sebeple tasarruf finansman sözleşmelerinin konusunu sınırlayan mevcut düzenlemenin tasarruf finansman faaliyetinin yeknesaklığı, sistemin güvenilirliği ve denetimi açısından da yerinde olduğu kanaatindeyiz. Yönetmelik'in müşteri haklarını düzenleyen 17/7 maddesinde şirketlerin, müşterilerden tasarruf dönemine dair (finansman teslimi gerçekleştirilene kadar geçen süre) ipotek, rehin veya senet gibi teminatların istenmesi yasaklanmıştır. Bu düzenlemenin ileride de açıkladığımız üzere müşteri lehine getirilen cayma hakkı ve fesih hakkına dair düzenlemelerle de uyumlu ve yerinde olduğu kanaatindeyiz. (Tasarrufa dayalı faizsiz finansman sisteminin gölge bankacılık faaliyeti olduğuna dair bilgiler için bkz. Okur/ Çatıkkaş / Ersoy, 391 vd.).

<sup>19</sup> Yönetmelik'in 23/2 hükmüne göre birikmiş tasarrufların yönetiminde tasarrufların değerlendirilmesi için başvurulabilecek araçlar, "Hazine ve Maliye Bakanlığının ihraç etmiş olduğu yurt içi kira sertifikalarının alınması, Türkiye'de faaliyet gösteren katılım bankalarında açılacak vadeli ve vadesiz katılma hesapları, Türkiye'de faaliyet gösteren varlık kiralama şirketleri tarafından ihraç edilen yurt içi kira sertifikalarının alımı ve Kurulca uygun görülecek diğer faizsiz yatırım araçları"dır.

müşteriye getiri ödemesi yapılacağı kararlaştırılmamışsa getiriler tasarruf fonu içinde ihtiyat fonu olarak ayrılır.

### C. Müşterinin Aldığı Finansmanı Belirli Bir Ödeme Planı Çerçevesinde Geri Ödemesi

Tasarruf finansman sözleşmesinin asgari unsurlarından biri de müşterinin aldığı/ alacağı tahsisat karşılığı geri ödemede bulunacağı tutardır. Müşteri, konut, işyeri veya taşıt edinimi amacıyla şirketten aldığı yüksek miktarlı finansmanı sözleşmede kararlaştırılan belirli bir ödeme planı çerçevesinde uzun vadeye yayılmış olarak geri ödemeyi borçlanmaktadır. Sözleşmede kararlaştırılacak olan vadeler Yönetmelik'in 22/3 hükmüne göre konut ve çatılı işyeri sözleşmeleri için yüz yirmi ayı, taşıt için altmış ayı geçemez. Müşteri tarafından yapılacak geri ödemeler de tasarruf fon havuzunda toplanmaktadır.

### D. Şirketin Organizasyon Ücreti Alma Hakkı

Sözleşmenin tanımından da açıkça anlaşıldığı üzere şirket, müşteri adına yürüttüğü tasarruf faaliyetleri kapsamında ve tasarruf fon havuzunun yönetimi karşılığında organizasyon ücreti alma hakkına sahiptir. Kanun'un 39/A, f. 5 ve Yönetmelik'in 16/4-f hükümlerine göre tasarruf finansman sözleşmesinin asgari unsurlarından biri de organizasyon ücretidir. Taraflar sözleşme kapsamında şirketin yürüteceği finansman faaliyeti kapsamında alacağı ücreti kararlaştırmak zorundadırlar. Yönetmelik'in 17/7. maddesine göre şirket bu ücret dışında müşteriyi ödeme yükümlülüğü altına sokacak başka bir talepte bulunamaz. Sözleşmenin kapsamını belirleyen tüm unsurlarda olduğu gibi sözleşmede müşteriye sunulan organizasyon ücreti ile ilgili hükümlerde "genel faaliyet ilkeleri dokümanında" Kurum'un onayladığı esaslara uygun olmak zorundadır.

## II. TASARRUF FİNANSMAN SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞEKLİ

Yönetmelik'in tasarruf finansman sözleşmesini düzenleyen 16/2 maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere tasarruf finansman sözleşmeleri, BDDK'nın uygun görüşü alınarak Finansal Kurumlar Birliği tarafından belirlenen bir çerçeve sözleşmedir. Müşteri, şirket tarafından Kanun ve Yönetmelik'te açıkça belirtilmiş asgari unsurları içeren, BDDK tarafından onaylanmış "genel faaliyet ilkeleri dokümanında" öngörülen sözleşme kapsamına uygun hazırlanmış ana esaslar çerçevesinde finansman sağlamak hususunda şirketle anlaşmaya varır. Tarafların sözleşmenin tüm esaslı noktalarında karşılıklı rızalarının uyuşması gereklidir. Bu bakımdan tasarruf finansman sözleşmesi rızai bir sözleşmedir. Sözleşmede hem şirket hem müşteri alacaklı ve borçlu sıfatlarına sahiptir. Bu sebeple iki tarafa borç yükleyen borçlandırıcı bir sözleşme niteliğindedir. Müşterinin, alacağı tahsisatı geri ödemeyi borçlanması ve bunu uzun vadelere yayılmış olarak ifa edecek olması sebebiyle tasarruf finansman sözleşmesi sürekli edimli ve ivazlı bir sözleşmedir<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Sürekli borç ilişkisi, taraflardan birinin asli edim yükümlülüğünü uzunca bir süreye yayılmış, belirli veya belirsiz bir zaman dilimi içinde ifa etmeyi üstlendiği sözleşmelerdir. Borç ilişkisinin sürekli olup olmadığının tespitinde esas alınan kıstas, borçlu edimini bir defa ifa ettiğinde alacaklının menfaatinin o anda mı yoksa zaman içinde mi gerçekleştiğidir. Borçlunun üstlendiği olumlu, yapma edimleri uzun bir zaman içinde yerine getiriliyorsa (burada zaman yönünden hiçbir kesintiye uğramaması anlaşılmalıdır) borçlunun edimi sürekli edimdir. Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. B., Ankara 2017, 107; Akıncı, Şahin. *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 11.B., Konya 2020, 27; Antalya, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt. V/1, 1*, 2.B., Ankara 2019, 103 vd.; Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. B., İstanbul, 1993, 10, 11; Seliçi, Özer. *Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul 1977, 8 vd.; Kuntalp,



Önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere tasarruf finansman sözleşmesine ilişkin kanuni düzenlemeler 07.03.2021 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. 2021 yılı öncesinde herhangi bir kanuni düzenlemeye tabi olmaması sebebiyle tasarrufa dayalı faizsiz finansman sözleşmelerinin isimsiz (karma) sözleşme olarak değerlendirilmesi söz konusu iken, mevcut haliyle 6361 sayılı Kanun'da düzenlenmiş “tasarruf finansman sözleşmesi” tipik- isimli bir sözleşme niteliği kazanmıştır<sup>21</sup>.

Kanun'da tasarruf finansmanı sözleşmesi kapsamında finansman kullanacak olan kişiler müşteri olarak ifade edilmiş olsa da bu gerçek veya tüzel kişilerin (ticari amaçla hareket edenler hariç) aslında tüketici sıfatına haiz olduğu gözden kaçırılmamalıdır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 3/1-k hükmüne göre “tüketici; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişidir”. Tasarruf finansman sözleşmesinde de Yönetmelik'in m. 3/1-r hükmünde tanımlanan ticari amaçlı sözleşmeler, yani ticari amaçla hareket eden ticari işletmeleriyle ilgili finansman kullanan gerçek veya tüzel kişiler hariç, diğer gerçek veya tüzel kişilerin tüketici hükümlerine göre değerlendirilmeleri gerekmektedir. Diğer yandan TKHK. m. 3/1-ı hükmüne göre “sağlayıcı, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi” ifade eder. Aynı Kanun'un 3/1-d maddesinde de hizmet, “bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusu” olarak tanımlanmıştır. Tasarruf finansman şirketleri de müşteriye ticari ve mesleki amaçlarla finansman sağlama ve müşterinin biriken tasarrufunu yönetme hizmeti sunmaktadır. Bu nedenle TKHK hükümlerine göre tasarruf finansman şirketleri de sağlayıcı sıfatındadır. Aynı Kanun'un 3/1-l hükmüne göre “Tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi” ifade eder. Bu tanıma göre tüketici işleminin kapsamı oldukça geniş tutulmuştur ve burada önemli olan işlemin niteliğinden ziyade tarafların sıfatıdır.

Yönetmelik'in 16/4-n maddesinde sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları çözecek yetkili tüketici hakem heyetinin veya mahkemenin sözleşmenin asgari unsurları içinde belirlenmesi gerektiğine dair hüküm de uyuşmazlık çözüm mercii olarak tüketici hakem heyetini veya mahkemesini yetkili göstererek tasarruf finansman sözleşmesinde şartları dahilinde müşteri ve şirket arasındaki ilişkinin tüketici ilişkisi olarak değerlendirileceğini teyit eder mahiyettedir.

Tasarruf finansman sözleşmeleri her ne kadar her müşteriye ait ayrı ödeme planları yapılmak suretiyle tarafların üzerinde görüşüp mutabakata vardıkları bir sözleşme olsa da yapılan sözleşme genel işlem koşulları içeren de bir sözleşmedir. Zira, sözleşme hükümlerinin birçoğu önceden BDDK'nın onayını almış ve şirket tarafından akdedilecek bütün sözleşmelerde kullanılacak olan hükümlerdir, bu hükümlerin müşterilerin subjektif durumlarına göre değiştirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple söz konusu sözleşme ilişkisinin TBK. m. 20 vd. hükümleri çerçevesinde denetimlerinin yapılması gerekmektedir. Ayrıca TKHK. m. 5'te “haksız

Erden. *Ard arda Teslimli Satım Akdi*, Ankara 1968, 18; Von Thur, Andreas. (Çev. Cevat Edege), *Borçlar Hukuku*, C. 1, İstanbul 1952, 50; Altıok Ormancı, Pınar. *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi*, İstanbul 2011, 20 vd.

<sup>21</sup> Eren, 17; Akıncı, 64 vd.; Antalya, 127 vd..

şartlar” düzenlenmiştir. Tüm bu düzenlemeler tasarruf finansman sözleşmesi açısından ele alındığında, şirket ve müşteri arasında tüketici ilişkisinin kurulduğu hallerde öncelikle TKHK hükümleri kapsamında sözleşmedeki müşteri aleyhine olan hükümlerin haksız şart açısından değerlendirilmesi gerekecek, TKHK hükümlerinin yetersiz olduğu hallerde TBK hükümleri uygulanabilecektir.

Sonuç olarak söz konusu düzenlemeler göstermektedir ki, müşteri ile şirket arasındaki tasarruf finansman sözleşmesinin büyük bir çoğunluğu (sağlayıcı ve tüketici sıfatını taşıyan taraflar için) tüketici sözleşmesidir. Kanaatimizce, ticari amaçlı sözleşmeler hariç diğer müşterileri de tüketici saymak gerekir<sup>22</sup>. Ticari amaçlı sözleşmeler hariç diğer gerçek ve tüzel kişi müşteriler tüketici, şirketle bu kişiler arasındaki işlem ise tüketici işlemi olduğuna göre taraflar arasındaki ilişki TKHK hükümlerine de tâbidir. Özel kanun olan TKHK’na göre 6361 sayılı Kanun ve buna ilişkin düzenlenmiş olan ilgili yönetmelik hükümleri tasarruf finansman faaliyeti için daha özel bir düzenlemedir. Bu sebeple öncelikle 6361 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik’in (her iki kanuna da aykırı olmamak kaydıyla) emredici hükümlerinin, bu düzenlemelerde saklı tutulan veya hüküm bulunmayan hallerde de TKHK hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekecektir.

Tasarruf finansman sözleşmenin şekli hususunda ise 6361 sayılı Kanun’un 39/A, f. 2 maddesine göre “*tasarruf finansman sözleşmesinin yazılı veya uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle mesafeli olarak ya da mesafeli olsun olmasın Kurulun yazılı şeklin yerine geçebileceğini belirlediği ve bir bilişim veya elektronik haberleşme cihazı üzerinden gerçekleştirilecek ve müşteri kimliğinin doğrulanmasına imkân verecek yöntemler yoluyla kurulacak şekilde düzenlenir olarak yapılması gerekir*”. Kanun, yazılı şekil şartını benimsemekle beraber Yönetmelik’te şekil şartının detaylarına ve maddede zikredilen hazır olmayanlar arası mesafeli sözleşme görüşmeleri için Kurul’un belirlemesi gereken yazılı şekil yerine geçecek usul ve esaslara dair bir düzenleme getirilmemiştir. Bu durumda tasarruf finansman sözleşmesinde yazılı şekil şartı esastır. Ancak BDDK’nın yapacağı düzenlemeler neticesinde yazılı şekil yerine geçecek yöntemlerle de sözleşme yapılabilecektir. Bu durumda mevcut düzenleme tasarruf finansman sözleşmesinin şekli hususunda üç alternatif usul öngörmektedir. Bunlar: Yazılı şekil, uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle yazılı olarak ve mesafeli olsun veya olmasın Kurulun yazılı şekil yerine geçebileceğini belirlediği ve bir bilişim veya elektronik haberleşme cihazı üzerinden gerçekleştirilecek ve müşteri kimliğinin doğrulanmasına imkân verecek yöntemlerdir<sup>23</sup>. Mevzuatta tasarruf finansman sözleşmesinin taraflarca uzaktan iletişim araçlarıyla ya da yazılı şekil yerine geçecek usullerle veya elektronik ortamda yapılması halinde uygulanacak usul ve esasların neler olduğu hususuna dair belirsizlik de BDDK’nın 07.05.2021 tarihinde yayımladığı “Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketlerince Kullanılacak Uzaktan Kimlik Tespiti Yöntemlerine ve Elektronik Ortamda Sözleşme İlişkisinin Kurulmasına İlişkin Yönetmelik Taslağı” ile giderilmiş oldu. Taslağın 1. maddesine göre

<sup>22</sup> Çalışmamızda tasarruf finansman sözleşmesi sadece tüketici hukuku açısından değil genel hatları itibarıyla ele alınmış olduğundan bundan sonraki açıklamalarımızda tasarruf finansman sözleşmelerinin ticari amaçlı sözleşmeleri kapsamı sebebiyle “müşteri” kavramı kullanılmaya devam edilmiştir.

<sup>23</sup> Şekil şartına dair mevcut düzenleme sadece tasarruf finansman sözleşmeleri için değil, aynı zamanda 18.06.2020 tarihli 7247 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 6493 sayılı Kanun ve 6361 sayılı Kanun kapsamındaki finansal kiralama, faktöring, finansman sözleşmeleri için de getirilmiştir.

Yönetmelik ile “uzaktan kimlik tespiti yöntemlerine ve müşteri kimliğinin tespit edilmesini müteakip sunulacak hizmetlere yönelik olarak mesafeli olsun olmasın bir bilişim veya elektronik haberleşme cihazı üzerinden yazılı şeklin yerine geçecek şekilde ya da mesafeli olarak sözleşme ilişkisinin kurulmasına yönelik usul ve esasların düzenlenmesi” amaçlanmıştır. Taslağın yürürlük hükmünü düzenleyen 14. maddesine göre Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girecektir. Bu durumda 6361 sayılı Kanun’un geçici 2. maddesinde göre 6 aylık intibak sürecinde olan şirketlerin yeni düzenlemelere göre gerekli alt yapıyı kurabilmeleri açısından söz konusu Yönetmeliğin en kısa zamanda yürürlüğe girmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, şirket ve müşteriler arasında akdedilecek tasarruf finansman sözleşmesinde yazılı şeklin uygulanacağı durumlarda ticari veya mesleki amaçla hareket etmeyen gerçek veya tüzel kişi müşterilerle kurulan sözleşme ilişkisinin bir tüketici ilişkisi olduğu göz önünde bulundurulurken TKHK’da öngörülen yazılı şekil esaslarına da riayet edilmesi gerektiridir. TKHK’nın 4/1 hükmüne göre, “*Bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir*”. Diğer yandan, Yönetmelik’in müşteri haklarını düzenleyen 17/5 maddesindeki “*şirketin sözleşmenin bir nüshasının müşteriye teslim etmesi*” yönündeki düzenleme de TKHK m. 4/1 hükmü ile örtüşmektedir. TKHK. m. 4/1’e göre tüketici sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması gerektiği ifade edilse de mesafeli sözleşmelerde veya uzaktan iletişim araçlarının kullanıldığı tüketici sözleşmelerinde de yazılı şekil dışında yöntemlere başvurulması söz konusu olacaktır. Keza TKHK. m. 4/4’te “*tüketiciden talep edilecek her türlü ücret ve masrafa ilişkin bilgilerin, uzaktan iletişim aracıyla kurulan sözleşmelerde kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun şekilde verilmesi gerektiği, bu bilgilerin tüketiciye verildiğinin ispatının sözleşmeyi düzenleyene ait olduğu*” düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler göstermektedir ki, her ne kadar tüketici sözleşmelerinde esas olan şekil şartı yazılı şekilse de mesafeli sözleşmeler gibi tüketici sözleşmelerinin de uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulması mümkündür. Tasarruf finansman sözleşmelerinin şirket ve tüketici sıfatına sahip müşteriler ile gerçekleştireceği yazılı şekil yerine geçecek yöntemlerinin kullanıldığı sözleşmelere 07.05.2021 tarihinde yayımlanan Yönetmelik taslağının yürürlüğe girmesi ile tasarruf finansman sözleşmelerinde özel hüküm teşkil edeceği için öncelikle Yönetmelik hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Ancak mevcut düzenlemelerde bir boşluk bulunması veya yürürlüğe girecek Yönetmelikteki hükümlerin mevcut bir uyuşmazlığı çözmekte yetersiz kalması halinde TKHK’un bu hususa dair özel hükümlerine (özellikle finansal hizmete ilişkin mesafeli sözleşmelere ilişkin) uygun düştüğü ölçüde başvurulabilecektir.

Tasarruf finansman sözleşmesinin yazılı olması bir geçerlilik şartıdır. Bu şartın yerine getirilmemiş olması veya maddede zikredilen Kurul tarafından belirlenecek olan yazılı şekil yerine geçebilecek usullere aykırı olan sözleşmeler kesin hükümsüz sayılacaktır. Ancak burada özellikle üzerinde durulması gereken bir husus, (bilhassa, sözleşmenin yazılı şekil yerine geçecek usulde yapılması halinde) şirketin sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini müşteri aleyhine ileri sürüp süremeyeceğidir. Tasarruf finansman sözleşmesi bir çerçeve sözleşmedir ve Kurul’un onay verdiği ilkelere riayet edilerek şirket tarafından düzenlenmektedir. Şirket tarafından hazırlanan bir sözleşmenin şekle aykırılığının yine bu tarafça ileri sürülmesi TMK. m. 2/1 kapsamında dürüstlük

kuralına aykırılık teşkil edecek ve hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecektir. Bu sebeple, TKHK m. 32/2 gereği “geçerli bir sözleşme yapmamış olan konut finansmanı kuruluşu, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketici aleyhine olacak şekilde ileri süremez” kuralının tasarruf finansman şirketleri için de getirilmesi gerekir. Çünkü sözleşmenin yazılı olarak veya yazılı şekil yerine geçecek usulde düzenlenmesi şirketin yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen tasarruf finansmanı şirketine de sözleşmeyi geçersiz kılma hakkı tanınmamalıdır.

### III. TASARRUF FİNANSMAN SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

Tasarruf finansman sözleşmesinin taraflarının, tasarruf finansman şirketi ve müşteri (ticari amaçla yapılan sözleşmeler hariç tüketici) olduğunu önceki açıklamalarımızda ifade etmiştik. Bu başlık altında tarafların borçlarını inceleyerek, sözleşmenin hükümlerini ele almış olacağız.

#### A. Müşterinin Borçları

##### 1. Sözleşme Görüşmeleri Aşamasında Şirkete Bilgi Verme Borcu

Sözleşme kurulmadan önce taraflar sözleşmenin şartları ve içeriği ile ilgili görüşmeler yaparken aynı zamanda birbirleri hakkında da güven tesis etmeye çalışmaktadırlar. Zira, müşterinin şirkete ve sisteme duyacağı güven kadar, şirketin de uzun vadeli bir geri ödeme planı içine girecek olan müşterinin kimliği ve ekonomik durumu hakkında müşteriye güven duyması gerekmektedir. Taraflar arasında tesis edilecek bu güven ilişkisi neticesinde sözleşmenin kurulması söz konusu olacaktır. Bu aşamada taraflar arasında edim yükümlülüklerinden bağımsız davranış yükümlülükleri doğar. Doktrinde, sözleşmeden önce taraflar arasında bu güven ilişkisi ile sözleşme benzeri bir hukuki ilişki doğduğu ve bu aşamada da tarafların birbirlerine karşı duydukları güvenin boşa çıkması neticesinde sorumlu olacakları kabul edilmektedir<sup>24</sup>.

Bir sözleşmenin tarafları, TMK. m. 2/1'e göre dürüstlük kuralı gereği görüşme aşamasında birbirlerine karşı aldatıcı davranışta bulunmamayı, kendileriyle ilgili gerekli bilgileri karşı tarafa vermeyi borçlanmaktadırlar. Taraflar verecekleri bilginin doğruluğundan da bu kapsamda sorumlu olacaklardır. Önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere tasarruf finansman sözleşmesinde müşterinin kimliğini belgelemesi geçerlilik şartı olarak öngörülmüş olsa da müşteri kendi ile ilgili verdiği bilgilerin doğruluğundan da dürüstlük kuralı gereği sorumlu olacaktır. Diğer bir ifade ile müşterinin kimliğini belgelemesi zorunluluğu sözleşme için bir geçerlilik şartı olarak öngörülmüş olması tarafların sözleşme öncesi görüşmeler çerçevesinde kurulan güvene dayalı hukuki ilişkinin ihlal edilmesi neticesinde doğan zararlardan sorumlu olmalarına engel değildir<sup>25</sup>. Tasarruf finansman sözleşmesi kurulurken müşterinin verdiği bilgilerin, kimliğinin doğrulanması, şirketin bu doğrulamayı sağlayacak yöntemleri sözleşmede kullanması gerektiği Kanun'un 39/A, f. 2 maddesinde de hüküm altına alınmıştır. Bu sebeplerle şirketi yanıltan, kimliği veya kendi ile ilgili

<sup>24</sup> Eren, 1157 vd.; Antalya, 227 vd.; Uluşan, İlhan. *Culpa in Contrahendo Üstüne*, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan 1, İstanbul 1982, s. 285 vd.; Von Thur, 198; Serozan, Rona. “Culpa In Contrahendo”, “Akdin Müspet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 2, S. 3, 1968, 117, 119 vd., <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhad/issue/1282/15108>, (E.T. 15.04.2021); Arat, Ayşe. *Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk*, İstanbul 2018, 258 vd.

<sup>25</sup> Doktrinde bugün hâkim olan görüş, sözleşme görüşmelerinden sorumluluğun doğması için sözleşmenin kurulmuş olmasının ya da kurulmamasının veya bätıl sayılmasının yahut geçerli olmasının şart olmadığı yönündedir. Bkz. Eren, 1157; Serozan, 117 vd.; Gonzenbach, Rainer. *Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht*, Bern 1987, 7.

diğer hususlara dair yanlış, yanıltıcı bilgi veren müşteri TMK. m. 2/1 gereği sözleşme öncesi şirket ile aralarında kurulan güven ilişkisinin ihlal edilmesi sebebiyle şirket aleyhine doğan zararlardan sorumlu olacaktır. Söz konusu zararlara kusurlu davranışı ile sebep olan müşterinin sorumluluğu “*culpa in contrahendo*” hükümlerine dayanacaktır<sup>26</sup>.

## 2. Tahsisatı Kabul Etme Borcu

Tasarruf finansman sözleşmesi kapsamında müşteri, sözleşmedeki şartlar dahilinde tasarruf birikimleri ve kendisine ödenmesi taahhüt edilen finansman tutarının toplamı olan tahsisat ödemesini şirket tarafından kullanıma sunulduğu anda kabul etme borcu altındadır. Ancak müşteri ihtiyacı olan konut, çatılı işyeri veya taşıtı tahsisat zamanı geldiğinde temin edememişse, 6361 sayılı Kanun m. 39/A, f. 4'e göre tahsisatın ertelenmesini isteme hakkına sahiptir. Erteleme halinde müşterinin sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri saklı tutulmuştur.

Müşterinin alacağı olan tahsisat ödemesini kabul etmemesi Borçlar Hukuku anlamında alacaklı temerrüdünün sonuçlarının doğması gerektiği düşüncesini akla getirebilir. Öncelikle şirket, tahsisat ödemesini doğrudan müşteriye yapmamaktadır. 6361 sayılı Kanun'un 3/1-k hükmüne göre tahsisat ödemesi “...müşterinin, mirasçısının veya vekilinin konut, çatılı iş yeri veya taşıt edinmesi amacıyla satıcı konumundaki üçüncü kişilere hesaben” gerçekleştirilir. Dolayısıyla tahsisat ödemesinin yapılabilmesinin ön şartı müşterinin finansman ihtiyacı duyduğu konutu, çatılı işyerini veya taşıtı bulmuş, satıcı ile devir için mutabakata varmış olmasıdır. Diğer yandan, müşterinin tahsisatın ödenme zamanı geldiğinde ödemeyi kabul etmemesi şirket açısından bir dezavantaj yaratmayacaktır. Zira, şirket sadece finansman teminini borçlanmamakta, müşteri tarafından yatırılan tasarruf birikimlerinin yönetilmesini de borçlanmaktadır. Müşteriye yapılacak ödeme tasarruf fon havuzunda şirket tarafından yönetilmeye, bunun doğal sonucu olarak da getiri elde edilmeye devam edilecektir. Bu sebeple, müşterinin tahsisat ödemesini kabul etmemesi veya ödemenin ertelenmesini istemesi sözleşme hükümleri gereği Borçlar Hukuku anlamında alacaklı temerrüdü teşkil etmeyecektir.

## 3. Finansmanı Geri Ödeme Borcu

Müşterinin tasarruf finansman sözleşmesinden doğan en temel borcu sözleşme konusu finansmanı geri ödemesidir. Müşterinin geri ödeme borcu sözleşmenin kurulmasına bağlıdır. Sözleşme taraflar arasında kurulduktan sonra müşteri sözleşmede kararlaştırılmış olan ödeme takvimine göre geri ödeme borcunu ifa etmeye başlamaktadır. Bu sebeple müşterinin borcu dönemli (devri) edimli borçtur<sup>27</sup>.

Müşteri, geri ödemede gecikirse veya hiç ödeme yapmazsa temerrüde düşmüş sayılacaktır. Ancak, Kanun'da ve Yönetmelikte temerrüde dair detaylı bir düzenleme getirilmemiştir. 6361 sayılı Kanun m. 39/A, f. 5 ve Yönetmelik'in 16/4 hükümlerine göre tarafların temerrüdüne dair

<sup>26</sup> Sözleşme görüşmelerine başlayanlar arasında TMK. m. 2 gereği dürüstlük kuralı çerçevesinde doğan güven ilişkisi içinde taraflar birbirlerinin şahıs ve malvarlığı değerleri üzerinde etkili doğurabilecek bir duruma gelirler. Bu süre zarfında birbirlerine doğru bilgi verme, bazı hususlara dair açıklayıcı bilgilendirmelerde bulunma ve karşı akidi muhtemel zararlardan koruyacak tedbirler alma yükümlülükleri doğar ki, bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranan sözleşme tarafları karşı tarafa verdikleri zararı tazminle mükellef olurlar. Eren, 1157; Gonzenbach, 7, 71, 92 vd.; Arat, 259.

<sup>27</sup> Von Thur, 50; Eren, 108. Oğuzman, K./ Öz, T.. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, Gözden Geçirilmiş 12. B., İstanbul 2014, 13; Altıok Ormancı, 17 vd.; Antalya, 105.



hükümlerin sözleşmenin asgari unsurları olarak sözleşme kapsamında düzenlenmesi gerekmektedir. Bu sebeple temerrüdün şartları ve uygulanacak hükümler taraflarca sözleşmede kararlaştırılacaktır<sup>28</sup>.

6361 sayılı Kanun ve Yönetmelik'in temerrüde ilişkin hükümleri sözleşmede kararlaştırılması gereken zorunlu asgari unsurlar içinde kabul etmesi sebebiyle müşterinin geri ödeme borcunun ifasında temerrüde düşmesi halinde öncelikle uyuşmazlığın sözleşme hükümlerine göre çözülmesi gerekecektir. Bu hükümlerin tespitinde de emredici kurallara aykırı olan ve şirket ile müşteri arasında tüketici ilişkisinin mevcut olduğu hallerde de haksız şart niteliğinde olan hükümler kesin hükümsüz sayılacaktır. Sözleşme hükümleri mevcut uyuşmazlığı çözmeye yeterli olmazsa tasarruf finansman sözleşmesinin düzenlendiği Kanun ve ilgili Yönetmelik hükümlerine, burada da uyuşmazlığı çözmeye yetecek hüküm bulunamazsa müşteri ve şirket arasındaki ilişkiye göre TKHK (tüketici ilişkisi mevcut ise öncelikle TKHK hükümleri uygulanacaktır), TBK veya TTK'nın genel veya özel hükümlerine doğrudan veya kıyasen başvurulması gerekecektir.

Sonuç olarak, 6361 sayılı Kanun ile bir tip sözleşme niteliği kazanan tasarruf finansman sözleşmesi için hukuki alt yapının oluşturulduğu bu dönemde şirketler tarafından müşterinin haksız uygulamalara maruz kalmasını önlemek adına Yönetmelik'e temerrüde dair TKHK'daki konut finansmanı sözleşmesinde öngörülen hükümlere benzer detaylı emredici veya en azından tamamlayıcı kuralların konulması gerektiği kanaatindeyiz.

#### 4. Teminat Gösterme Borcu

Tasarruf finansman şirketi ve müşteri arasında tasarruf finansman sözleşmesi ile kurulan uzun süreli ve yüksek meblağlı hukuki ilişki, şirketleri alacaklarını güvence altına alma zorunluluğunu doğurmaktadır. Bu amaçla bazı şirketler düzenleme öncesi dönemde tasarruf dönemi veya finansman dönemi gibi ayrımlara gitmeden ipotek, rehin, kefil veya senet gibi çeşitli güvencelere başvurmuşlardır.

Yönetmelik'in 16/4-ç hükmüne göre "finansman tarihi itibarıyla finansman dönemi için talep edilmesi öngörülen teminatlar" sözleşmenin asgari unsurları arasındadır ve sözleşmede önceden taraflarca kararlaştırılması gerekmektedir. Ayrıca Yönetmelik'in 17/7 maddesinde tasarruf dönemine ilişkin müşteriden herhangi bir teminat alınamayacağı, müşteriyi organizasyon ücreti dışında bir ödeme yükümlülüğü altına sokacak hukuki işlem yapılamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre şirket, müşteriden sadece finansman dönemine ait olmak üzere

<sup>28</sup> Mevcut düzenleme öncesi yapılan sözleşmelerde müşterinin taksitlerin ödemesinde gecikme yaşanması halinde geciken ay sayısı kadar tahsisat ödemesinin erteleneceği, geciktirdiği aylara ilişkin gecikme bedeli yansıtılacağı ve tahsisat ödemesi yapıldıktan sonra üst üste iki ay taksitlerin ödenmemesi halinde de geriye kalan vadelerin de muaccel olacağı öngörülmekteydi. Eski sözleşmelerde temerrüde için uygulanan bu hükümler TKHK m. 34'te konut finansmanı sözleşmesi için öngörülen temerrüt hükümleri ile benzerlik göstermektedir. TKHK m. 34'e göre temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesi için tüketicinin birbirini izleyen en az iki taksiti ödemede temerrüde düşmesi ve kuruluşun bütün edimlerini ifa etmiş olması ve tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması gerekmektedir. Bu şartlar gerçekleşmeden kuruluş, kalan borçların tamamını muaccel sayamayacaktır. Bu sebeple sözleşme hükümlerinin haksız şart teşkil etmemesi için TKHK kapsamında mevcut olan hükümlerin kıyasen temerrüt hükümleri için de uygulanması, bu hükümlerin yetersiz kalması halinde de genel hükümlere başvurulması gerekmektedir.

yani finansman tarihi itibarıyla, tahsisat ödemesinin yapılmasını takiben kalan borçlar için teminat talep edebilecektir. Bunun dışında hiçbir surette tasarruf birikimi yapıldığı dönemler için müşteriden kefil, senet, rehin, ipotek gibi bir teminat istenemeyecektir. Söz konusu düzenlemelerin Kanun'un 39/A maddesinin 3. ve 4. fıkralarında hüküm altına alınmış olan müşterinin cayma veya fesih haklarını da desteklediği kanaatindeyiz. Aksi halde müşteri yükümlü kılındığı teminatlar sebebiyle sözleşmeyi sona erdiremeyecek, devam etmek istemediği bir hukuki ilişki içinde bu ilişkiyi sürdürmeye mahkûm edilecektir. Bu sebeple müşteri, şartları dahilinde sözleşmenin akdedilmesinden itibaren hiçbir sebep göstermeden on dört gün içinde cayma hakkını, tasarruf dönemi bitene kadar da sözleşmeyi feshedebilecektir.

### 5. Organizasyon Ücreti Ödeme Borcu

Tasarruf finansman sözleşmesinin Kanun'da yapılan tanımına göre tasarruf finansman şirketi müşteriden organizasyon ücreti alma hakkına sahiptir<sup>29</sup>. 6361 sayılı Kanun'un 3/1-j hükmüne göre organizasyon ücreti, “*müşterilerin tasarruf finansman sözleşmesi kapsamında tasarruf finansman faaliyeti ve tasarruf fon havuzunun yönetimi karşılığında ödeyecekleri tutar*”dır. Organizasyon ücreti, şirketin genel faaliyet ilkeleri dokümanı kapsamında faaliyete başlamadan önce Kurum'un onayını alması gereken asgari unsurlardan biridir. Bu sebeple şirketin sözleşmede Kurum'un onay verdiği esaslar çerçevesinde ücret talep edebilmesi gerekmektedir.

Kanun'un 39/A, f. 5 ve Yönetmelik'in 16/4-f hükümlerine göre organizasyon ücreti sözleşmenin asgari unsurları arasında yer almaktadır. Yönetmelik m. 29'da şirketin, her sözleşme için organizasyon ücretini ve sözleşmeye dahil masrafları içeren toplam maliyet hesaplaması yapmak suretiyle bir tarife oluşturması, maliyetler hakkında müşteriyi bilgilendirmesi gerektiği öngörülmüştür. Yönetmelik'in 17/7 hükmüne göre de şirket müşteriyi organizasyon ücreti dışında başka herhangi bir ödeme yükümlülüğü altına sokamaz. Tüm bu hükümler sözleşmenin tanımı ile birlikte değerlendirildiğinde müşterinin ödemekle yükümlü olduğu, sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri, finansmanı geri ödeme borcu ve organizasyon ücreti ödeme borcudur<sup>30</sup>.

Organizasyon ücretinin ne zaman ve nasıl ödeneceğine dair mevcut düzenlemelerde bir açıklık yoktur. Müşteri sözleşmenin kurulmasıyla beraber bu borcu ödeme yükümlülüğü altına girmektedir, ancak ücreti defaten mi yoksa taksitler halinde, finansman geri ödemesi ile birlikte mi ödeyeceği hususu belirsizdir. Yönetmelik'in 17/3. maddesinde “*grup müşterileri için çekilişli grumlarda, grubun toplam tasarruf ay sayısının asgari yüzde kırkı kadar sözleşme ilişkisi kurulmuş müşteri bulunması zorunluluğu olduğu ve bu orana ulaşamamış grumlarda tasarruf döneminin başlatılmayacağı, organizasyon ücretinin de alınmayacağı*” düzenlenmiştir. Bu hükümden çıkaracağımız sonuç müşterinin organizasyon ücretini, tasarruf döneminin başlamasıyla beraber

<sup>29</sup> Eski uygulamalarda bu ücret şirket tarafından yürütülen faaliyetlere karşılık, “çalışma ücreti” adı altında alınmaktaydı. Çalışma ücretini peşin ödemeyi kabul eden müşterilere çeşitli kampanyalar altında müşterinin finans döneminin daha yakın takvimde çıkma ihtimali olan gruplara kaydedilmesi imkânı sunuluyordu. Mevcut düzenlemelerle hem organizasyon ücretine hem de buna dair sözleşmeye konulacak hükümlerin dayandığı esasların önceden BDDK'nın denetiminden geçecek olmasının müşterinin lehine olduğu kanaatindeyiz.

<sup>30</sup> Asli edim yükümlülükleri, sözleşmenin türünü, tipini, nitelik ve özelliklerini belirleyen, borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu asıl borcunu ifade etmektedir. Borç ilişkisinin birinci derecedeki içeriğini oluşturan, yan edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak doğrudan dava edilebilen bu yükümlülükler, alacaklının alacak hakkının da nedenidir. Tasarruf finansman sözleşmesinin de Kanun'da yapılan tanımında da şirketin organizasyon ücreti alacak hakkının varlığından söz edilmektedir. Bu durumda müşterinin asıl borçlarından biri de organizasyon ücretinin ödenmesi olacaktır. (Asli edim yükümlülüğü hakkında bkz. Eren, 31 vd.)

ödeme yükümlülüğü altında olduğudur. Tasarruf dönemi başlamamış olan müşterilerden organizasyon ücretinin ifası istenemeyecektir. Organizasyon ücretinin defaten mi yoksa taksitle mi ödenmesi gerektiği hususunu da sözleşme serbestisi ilkesi gereği Kurum'un onayladığı genel faaliyet ilkeleri dokümanına uygun olmak kaydıyla taraflar sözleşmede kararlaştıracaklardır.

## 6. Sigorta Borcu

Günümüzde yürütülmekte olan kredi veya finansman teminine dair finansal faaliyetler kapsamında (TKHK'da düzenlenen tüketici kredi sözleşmelerinde, konut finansmanı sözleşmesinde, bunun dışında bankalardan temin edilen bireysel kredilerde, 6361 sayılı Kanun'a göre finansman sözleşmelerinde vb.) müşterilere/ tüketicilere krediye veya finansmana bağlı sigorta yaptırma yükümlülüğü getirildiği görülmektedir. 6361 sayılı Kanun'da yapılan düzenlemelerle tasarruf finansman sözleşmesi kapsamında da müşteriler, şirketler tarafından kullanılacak finansmana ilişkin sigorta yaptırma zorunluluğu altındadır. Zira; şirketler, müşteriye kullanılabilecek finansmanı güvence altına alma ihtiyacı duymaktadırlar. Bu sebeple Yönetmelik'in 16/4-i maddesinde sözleşmenin asgari unsurları içinde müşteriye kullanılacak sigorta politikasına ve buna dair esaslara ilişkin hükümlerinde olması gerektiği düzenlenmiştir. Mevcut düzenlemeler sigorta borcunun kapsamına ve uygulanacak esaslara dair detaylı bir hüküm öngörmemektedir. Sadece sözleşmenin asgari unsurları içinde sigorta politikası ve sigortaya ilişkin ilgili hükümlerin hükümlere sözleşme metninde yer verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre sözleşme metninde *“kullanılacak finansmana ilişkin sigorta politikasına, sigortalanan tutara, müşteri tarafından ödenecek sigorta primine ve müşterinin mevcut sigorta poliçelerinin kabul şartlarına”* dair hükümler yer almalı ve taraflar bu hususta karşılıklı, birbirine uygun irade uyuşması ile mutabakata varmalıdır.

Müşteriye/tüketicieye kredi veya finansmana bağlı olarak sigorta yükümlülüğü öngören, TKHK. m. 38 ve 28.05.2015 tarihli “Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği” gibi ilgili mevzuatlar gereği sigorta yükümlüsünün yazılı izni veya kalıcı veri saklayıcıları aracılığıyla açık talebi olmaksızın sigorta yaptırabilmesi mümkün değildir. Bu sebeple 6361 sayılı Kanun'da yapılan düzenleme öncesi faizsiz finansman sözleşmelerinde müşteriden sigorta yaptırılmasına dair yazılı izin alınmaktaydı. Müşteri, finansman konusuna göre gerekli olan zorunlu deprem sigortası (DASK), konut sigortası, trafik sigortası, kasko sigortası gibi gerekli olan bütün sigortaları yaptırmayı, yenilemeyi ve yapılan sigortalara da şirketin “dai-i mürtehin”<sup>31</sup> olarak poliçelere şerh ettireceğini, bu borcunu yerine getirmediği takdirde ise masrafları müşterinin tasarruf birikimlerinden karşılanmak kaydıyla şirket tarafından zorunlu ve isteğe bağlı tüm sigortaların yapılmasını taahhüt etmekteydi. Düzenlemeler sonrası yeni sistemde de şirket, sözleşmeye koyacağı sigorta politikası ile ilgili hükümlerde tüketici ilişkisi kurulan hallerde TKHK ve ilgili yönetmelik hükümlerini kıyasen uygulamak suretiyle, diğer hallerde de 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu başta olmak üzere ilgili yönetmelik hükümlerine uygun sözleşme içeriğini düzenlemelidir.

<sup>31</sup> Kredinin geri ödenmeme riskini ortadan kaldırmak amacıyla yaptırılan sigortalarda, riskin gerçekleşmesi üzerine ödenecek olan tazminat tutarından birinci derecede alacaklı olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir.

## B. Tasarruf Finansman Şirketinin Borçları

### 1. Sözleşme Görüşmeleri Aşamasında Müşteriye Bilgi Verme Borcu

6361 sayılı Kanun'un 39/A, f. 5 ve Yönetmelik'in 16/5, 17/2, 29/1 maddelerinde tasarruf finansman şirketinin müşteriye bilgilendirme yükümlülüğünden bahsedilmektedir. Bu kapsamda şirket, müşterilerini tasarruf finansman sisteminin işleyişi<sup>32</sup>, tasarruf finansman sözleşmelerinde yer alan hükümler (tasarruf finansman sözleşmelerindeki asgari olarak tutarlara, vadeye, organizasyon ücretine, gelir, maliyet ve masraflara, konut, çatılı iş yeri veya taşıt edinimine yönelik tasarruf etme ve finansman kullandırma dönem ve koşullarına, iade süresi ve şartlarına, temerrüde, mirasçılara intikaline, üçüncü taraflara devrine, tarafların hak ve yükümlülüklerine vb.), cayma ve fesih hakları konusunda etkin bir şekilde bilgilendirmek ile yükümlüdür.

Şirketin müşteriye bilgilendirme yükümlülüğü sözleşme görüşmeleri, yani hazırlık aşamasında doğan bir borçtur<sup>33</sup>. Taraflar, sözleşmenin şartları ve içeriği konusunda görüşmeler yaparken, müşterinin geri ödeme yapıp yapamayacağını, sistemin güvenilirliğini değerlendirmekte ve sözleşme bu güven üzerine akdedilmektedir. Taraflar sözleşme görüşmeleri sırasında birbirlerini sözleşmenin asli ve önemli noktaları hakkında aydınlatmak zorundadır. Bu noktada bilgilendirme yükümlülüğü sözleşmenin kurulmasından önce doğduğu için TMK. m. 2'ye, dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Baka bir ifade ile bilgilendirme yükümlülüğü, dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün ihlal edilmesi ise "*culpa in contrahendo*" hali oluşturacaktır<sup>34</sup>.

Yönetmelik'in 16/5 maddesine göre bilgilendirme yükümlülüğü ifa edilirken "TKHK ve bu kanuna ilişkin alt düzenlemelerde yer verilen hükümlere" de riayet edilmesi gerekecektir. TKHK. m. 4/1'e göre yazılı olarak düzenlenecek bilgilendirmelerin "en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenmesi" ve bunların bir nüshasının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi gerekmektedir. Bu düzenleme sadece yazılı sözleşmeler için getirilmiştir. Ancak, mesafeli sözleşme görüşmelerinde veya tasarruf finansman sözleşmesinin yazılı şekil yerine geçecek yöntemlerle yapılması halinde bilgilendirmenin nasıl yapılması gerektiğine dair bir netlik yoktur. Sadece, "Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketlerince Kullanılacak Uzaktan Kimlik Tespiti Yöntemlerine ve Elektronik Ortamda Sözleşme İlişkisinin Kurulmasına İlişkin Yönetmelik Taslağı"nın 8/5. maddesinde görüşme yapılan kişinin sözleşme öncesi görüşmelerde uzaktan kimlik tespitinin yapıldığı görüntülü görüşmelerde şirket tarafından verilecek hizmetler hakkında bilgilendirilmesi gerektiği ve bu kişinin şirket müşterisi olacağını kabul ettiğini sözlü olarak onaylaması halinde sürecin tamamlanmış olacağı ifade edilmiştir<sup>35</sup>. Ne

<sup>32</sup> Yükümlülüğün kapsamına verilen hizmetle ilgili müşterileri bilgilendirmek de dahildir. Yönetmelik'in 17/4 hükmündeki düzenlemeye göre şirket, hizmetle ilgili sorulara cevap verecek bir sistem kurmakla yükümlüdür. Böylece müşterilerin veya sisteme dahil olmak isteyen bireylerin her konuda bilgilendirilmesi amaçlanmaktadır.

<sup>33</sup> Her ne kadar bilgilendirme yükümlülüğü sözleşme öncesi aşama ile başlıyor olsa da bununla sınırlı değildir ve sözleşme kurulduktan sonra da devam eder. Bkz. Bellican, Cüneyt. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Bilgilendirme Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2- 1, Temmuz- Ağustos 2017, 305, <https://www.jurix.com.tr/article/9664>, (E.T. 17.04.2021).

<sup>34</sup> Eren, 37 vd.; Antalya, 255.

<sup>35</sup> Bu hüküm göstermektedir ki, müşteri olmak isteyen bir gerçek veya tüzel kişi müşteri olacağını sözlü olarak onaylamadığı takdirde sözleşme kapsamına dair bilgi sahibi olmamakta, hangi hükümlerle karşılaşacağını bilmemektedir. Müşteri temsilcinin hizmetle ilgili verdiği bilgiler ile yetinmek durumundadır.

söz konusu hükümde ne de Yönetmelik taslağının diğer hükümlerinde bilgilendirme yükümlülüğünün nasıl yapılacağına dair tatmin edici bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kapsamda muhakkak ki taslağa eklenecek detaylı düzenlemeler ile müşteriye bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında sözleşme hükümlerini inceleme ve yeterince düşünme imkanını tanımak gerekmektedir. Diğer yandan, TKHK. m. 4/4'te tüketiciden talep edilecek bilgilerin uzaktan iletişim aracıyla kurulan sözleşmelerde bu sisteme uygun olarak verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bunun dışında TKHK. m. 49 vd.'da “finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde” sözleşmenin kurulmasından önce tüketicinin cayma hakkı ve sözleşme ile gireceği yükümlülükler hakkında ayrıntılı bilgilendirmenin açık, anlaşılır bir şekilde kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun şekilde yapılması zorunluluğu getirilmiştir. 31.01.2015 tarihli 29253 Sayılı “Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği”nin 5 vd. maddelerinde de ön bilgilendirme yükümlülüğüne ve yöntemine dair detaylı düzenlemeler mevcuttur. Sonuç olarak kanaatimizce en azından yürürlüğe girdiği andan itibaren özel hüküm niteliği taşıyacak olan Yönetmelik taslağında da bu düzenlemelerle uyumlu, içerik olarak detaylı ve tatmin edici hükümlere yer verilmesi gerekmektedir.

Bilgilendirme yükümlülüğüne dair benzer bir düzenlemede konut finansmanı sözleşmesi için TKHK. m. 33'te öngörülmüştür. Bu hükme göre, konut finansman kuruluşları sözleşmenin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu, sözleşmenin kurulmasından “makul bir süre önce” tüketiciye vermek zorundadır. Söz konusu hükümlerden de anlaşılacağı üzere 6361 sayılı Kanun ve Yönetmelik'te bilgilendirme yükümlülüğüne dair getirilen düzenlemeler TKHK ile uyusmaktadır. Ancak Yönetmelik'in 16/5 maddesinde şirketin, sözleşmenin kurulmasından en az bir gün önce sözleşmenin ön bilgilendirme formunu müşteriye iletilmekle yükümlüdür<sup>36</sup>. Bilgilendirme formunun en az bir günlük süreden ziyade konut finansmanı sözleşmesinde olduğu gibi makul bir süre olarak öngörülmesi müşterinin lehine sonuç doğuracağı kanaatindeyiz. Zira, bu süre içinde müşterilere (tüketiciye) son kez düşünme ve araştırma imkânı tanınmaktadır. Müşteri kendisini uzun süre borçlandıracak bir sözleşme ilişkisi için önceden öğreneceği şartları detaylı düşünecek ve kararlarını bilinçli olarak verebileceği makul bir süreye sahip olmalıdır. Şirketler benimseyecekleri işleyiş politikaları ile bilgilendirme formunu sözleşmenin yapılmasından bir gün önce göndererek hem bu yükümlülüğünü ifa etmiş olurlar hem de müşteriye acele ettirerek sözleşmeden vazgeçme ihtimalini ortadan kaldırmaya çalışabilirler. Bu sebeple tasarruf finansman sözleşmesi için Yönetmelik'te öngörülen bilgilendirme süresinin, şirketlerin

<sup>36</sup> Yönetmelik taslağı ilan edildiğinde 16/5 hükmünde şirketin bilgilendirme formunu müşteriye gönderme “zorunluluğu” altında olduğu ifade edilmekteydi. Bu ifade ilk etapta bilgilendirmenin tasarruf finansman sözleşmesinin yapılması için bir geçerlilik şartı gibi değerlendirilmesine yol açabilecekti. Kural koyucu “zorunluluk” ifadesini kullanmış olsa dahi bilgilendirme yükümlülüğünün veya daha genel bir tabirle bilgilendirme şartının hukuk düzenimiz içinde ele alınışı incelendiğinde ve hukuk kuralının yorumlanması neticesinde yine bu hükmün bir yükümlülük olarak anlaşılması gerekecekti. Öyle ki, öncelikle bilgilendirme şartı hukukumuzda birçok sözleşme ilişkisi içinde yükümlülük olarak düzenlenmiştir (avukatın bilgilendirme yükümlülüğü, tüketicinin bilgilendirilme yükümlülüğü, bankaların bilgilendirme yükümlülüğü, doktorun bilgilendirme yükümlülüğü gibi). Bu durumda Yönetmelik taslağındaki hükmün lafzî yorumu neticesinde zorunluluk olarak tespit edilebilecek bu düzenleme, hukukumuzdaki diğer düzenlemelerle mukayese edildiğinde bir ilk teşkil edecekti. Diğer taraftan, kural koyucunun bu kuralı koymakta ki amacının ne olacağı düşünüldüğünde burada bir geçerlilik şartından ziyade, müşteriye korumaya yönelik şirket aleyhine bir yükümlülük tesis edilmeye çalışıldığı sonucuna varılacaktı. Bu sebeple metindeki yorum sorunu teşkil eden “zorunluluk” ibaresinin yürürlüğe giren Yönetmelik metninde düzeltilerek, “yükümlülük” olarak hüküm altına alınması yerinde olmuştur.



müşteri aleyhine sonuç doğuracak uygulamalarının da önüne geçmek adına, müşterinin lehine olacak şekilde “makul bir süre” ibaresi ile değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

## 2. Birikmiş Tasarruf Tutarını Yönetme Borcu

Tasarruf finansman sözleşmesinin Kanun’da yapılan tanımına göre şirketin asli edim yükümlülüklerinden biri müşterinin birikmiş tasarruf tutarını yönetme borcudur. Müşteri, şirketle sözleşmeyi akdettiği andan itibaren (istisnalar hariç<sup>37</sup>) tasarruf ödemesi yapmaya başlamaktadır. Yapılan ödemeler tasarruf fon havuzunda toplanmakta ve şirket müşterinin yaptığı ödemelerle oluşan bu birikimi faizsiz yatırım araçları kullanılmak suretiyle yönetmek zorundadır.

Şirket, tasarruf birikimlerinin yönetilmesi neticesinde getiri elde edecektir. Sözleşmede müşteriye yatırımlar neticesinde getiri saplanması kararlaştırılmışsa şirket elde ettiği getiriyi müşterinin tasarruf birikimlerine ekleyecektir. Ancak müşteriye getiri sağlanması kararlaştırılmamışsa söz konusu getiriler tasarruf fonu havuzunun içine ihtiyat fonu<sup>38</sup> olarak ayrılır.

## 3. Tahsisatı Ödeme Borcu

Kanun’da yapılan tanıma göre tahsisat ödemesi, şirket tarafından sözleşme uyarınca kararlaştırılan şartların gerçekleşmesi halinde müşterinin, mirasçılarının veya vekilinin konut, çatılı iş yeri veya taşıt ihtiyacına karşılık satıcı konumundaki üçüncü kişinin hebasına yapılan tasarruf birikimlerinden ve taahhüt edilen finansman tutarından oluşan toplam ödemedir. Ödemenin kapsamı, müşterinin birikmiş tasarruf tutarı toplamından ve şirketin müşteriye kullandırmayı vaat ettiği finansman tutarından oluşmaktadır. Kanun’un 39/A, f. 1 maddesinde yapılan tasarruf finansman sözleşmesi tanımına göre şirketin diğer asli edim yükümlülükleri de müşterinin birikmiş tasarrufunun geri ödenmesi ve şirketin taahhüt ettiği finansmanı kullandırmasıdır. Bu sebeple tanımda zikredilen her iki yükümlülüğü de kapsamında barındıran tahsisat ödemesi yapma borcu şirketin asıl borçlarından bir diğeridir.

Şirketin tahsisat ödemelerini yapabilmesine dair Yönetmelik’in 21/2 ve 21/4 hükmü ile bazı sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre, bireysel ve çekilişli grup sözleşmeleri için müşterilerin belirli bir tasarruf tutarına ulaşmaları zorunlu hale getirilmiş, bu tasarruf tutarının fon havuzunda toplanmadan tahsisat ödemesinin yapılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda; sözleşme süresinin beşte ikisine ulaşılan ve sözleşme tutarının yüzde kırkı kadar tasarruf yapan bireysel müşteriler ile çekilişli gruba girdiği tarihten itibaren üç ay geçmiş ve üç tasarruf ödemesi yapmış çekilişli müşterilere tahsisat ödemesi yapılacaktır. Çekilişte henüz adı çıkmamış olmakla beraber sözleşme gereği dahil olduğu gruba göre ödeme yapılacak olan müşterilerin de “*ödeme yapılacak tarih itibariyle grubun sözleşme tutarları toplamının yüzde kırkı kadar bir tutarın şirketin tasarruf*

<sup>37</sup> Yönetmelik’in 17/3 hükmünde grup müşterilerinin çekilişli gruplarda, grubun toplam tasarruf ay sayısının asgari yüzde kırkı oranında sözleşme ilişkisi kurulmuş müşteri bulunması zorunluluğunu sağlayamaması halinde bu gruptaki müşterilerden tasarruf ödemesi alınmayacağını öngörmüştür.

<sup>38</sup> Yönetmelik m. 30’a göre “Şirketler, müşteri giriş veya çıkışları dolayısıyla karşı karşıya kalabilecekleri öngörülme yükümlülüklerini karşılamak üzere tasarruf fon havuzu toplamının asgari yüzde üçünü, tasarruf fon havuzunun içinde ihtiyat fonu olarak tutmakla yükümlüdür. Kurul, asgari ihtiyat fonu oranını yüzde bire kadar azaltmaya veya iki katına kadar arttırmaya yetkilidir. İhtiyat fonunun tutulabileceği yatırım araçları, yalnızca katılım hesaplarından veya en fazla iki gün valörlü olarak nakde dönüştürülebilir yatırım araçlarından oluşabilir.”

*fon havuzu hesabında toplanması ve grubun toplam süresinin en az beşte ikisinin tamamlanmış olması” zorunludur.*

Şirket tahsisat ödemelerini müşteriyle yaptığı sözleşme hükümlerine göre bireysel müşteri ve grup müşterileri için öngörülen esaslar çerçevesinde tahsisat tarihi, ön koşulları ve tahsisat sırasına göre yapacaktır. Bu esaslar aynı zamanda genel faaliyet ilkeleri dokümanı kapsamında Kurum’un onayından geçmesi gereken hususlardır. Şirketin tahsisat ödeme tarihi gelen müşteriye ödemeyi yapabilmesi için müşterinin ihtiyacı olan varlığı satın almak üzere bir üçüncü kişiyle anlaşmaya varmış olması gerekmektedir. Çünkü şirket, tahsisat ödemesini müşteriye (mirasçısına veya vekiline) değil, doğrudan satıcı konumundaki üçüncü kişiye yapmaktadır.

#### IV. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

##### A. Genel Sona Erme Sebepleri

Her borcun en tabii sona erme sebebi borcun ifa edilmesidir. İfa, borçlanılan edimin konu, zaman ve yer bakımından doğru ve tam bir şekilde yerine getirilmesidir. Borçlu tarafından gereği gibi yapılan ifa ile borçlu borçtan kurtulur<sup>39</sup>.

Kural olarak ifa ile borç ilişkisi değil, borç ilişkisinin içindeki münferit borç sona ermektedir. Özellikle sürekli borç ilişkilerinde her bir vadeye ait ifa ile borç ilişkisinin ifa edilen kısmı sona ermektedir. Borç ilişkisinin sona ermesi son vadeye bağlı borcun ifası ile olacaktır. Tasarruf finansman sözleşmesi kapsamında müşterinin geri ödeme borcu da önemli edimdir. Bu sebeple tasarruf finansman sözleşmesi kapsamında müşterinin kullanacağı finansmanın geri ödemelerinin uzun bir dönemine yayılmış olduğu borç ilişkisinde sözleşmenin sona ermesi neticesini doğuracak ifa, müşterinin son taksitini ödemek amacıyla gerçekleştirdiği ifadır.

İfa dışında borç ilişkisini sona erdirebilecek başka sebepler de mevcuttur. Kural olarak sözleşmenin taraflarından birinin ölümü, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflası ve ödemededen aczi sözleşmeyi sona erdirmez. Ancak taraflar anlaşarak bu sebepleri sona erme sebebi olarak belirleyebilirler. Sözleşmenin sona ermesine dair Borçlar Hukuku’ndaki temel prensipler tasarruf finansman sözleşmesi için de geçerlidir. Anonim şirket şeklinde kurulacak olan (6361 sayılı Kanun m. 5/1-a) tasarruf finansman şirketi, tahsisat ödemesi borcunu ifa etmeden iflas ederse veya tüzel kişiliği sona ererse sözleşme kendiliğinden sona erer.

Müşterinin ölmesi veya fiil ehliyetini kaybetmesi sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Ancak burada üzerinde durulması gereken finansman ödemesinin yapılmasından önce mi sonra mı ölüm veya fiil ehliyeti kaybının gerçekleştiğidir. Bu iki ihtimalin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Gerek finansman ödemesi yapılmadan önce gerekse ödeme yapıldıktan sonra müşterinin fiil ehliyetini kaybetmesi halinde, onun adına ve hesabına yasal temsilcisi ödemeleri yapmaya devam edecektir. Diğer yandan, ödeme yapılmadan müşterinin ölmesi halinde sözleşme kendiliğinden sona ermez. Mirasçılar kanuni halefiyet gereği sözleşmenin tarafı haline gelir, ancak mirasçının sözleşmeyi devam ettirmeme hakkı vardır. Dilerse Kanun’un tanıdığı fesih hakkını kullanmak suretiyle sözleşme ilişkisini sona erdirebilir. Burada finansman ödemesi yapılmadan müşterinin ölmesi halinde şirketin ödemededen kaçınıp kaçınmayacağını da ele alınması gerekir. Şirket, sözleşme yapılırken müşteriden alacağını güvence altına almaya yönelik birçok teminat

<sup>39</sup> Eren, 932 vd.

almaktadır. Ölüm veya fiil ehliyetinin kaybı borçların ödenememesi ihtimalini arttırsa da şirket aldığı teminatlarla bu riski de bertaraf etmiş olmaktadır. Zira, mirasçılar kanuni halefiyet gereği murisin borçlarından TMK. m. 641/1 hükmü gereği müteselsilen sorumludur. İkinci ihtimal olarak, finansman ödemesi yapıldıktan sonra müşterinin ölmesi halinde ise mirasçılar sözleşme ile bağlı olacaktır. Sözleşme kapsamında taahhüt edilen geri ödeme borcunu ifa etmeye mirasçılar devam edecektir. Ayrıca, 6361 sayılı Kanun m. 3/1- k'da tahsisat ödemesinin mirasçılar adına satıcıya yapılacağı öngörülmesi de müşterinin ölümünün sözleşmeyi sona erdirmeyeceği, müşterinin kanuni mirasçılarının sözleşme tarafı haline geleceği anlaşılmaktadır. Müşteri fiil ehliyetinin kaybı halinde de yasal temsilcisi onun adına ve hesabına ödemeleri yapacaktır.

Müşteri borcunu ödemediği acze düşerse veya iflas ederse, bu durumda şirket TBK. m. 98'e dayanarak borcunu ifa etmekten imtina edebilecektir.

### **B. Cayma Hakkı**

Kanun'un 39/A, f. 3 ve Yönetmelik'in 16, 17 hükümlerinde müşterinin cayma hakkı düzenlenmiştir. Müşteri, sözleşmenin imzalanmasından itibaren on dört gün içinde hiçbir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayabilir. Cayma hakkı, sözleşmenin asgari unsurları içinde yer alır ve sözleşmede cayma hakkına dair detaylı düzenleme yapılması gerekmektedir. Şirketin bilgilendirme yükümlülüğü müşterinin cayma hakkını da kapsamaktadır. Şirket, sözleşmenin imzalanmasından önce müşteriye göndereceği bilgilendirme formunda cayma hakkına ilişkin de detaylı bilgi vermek zorundadır.

Müşterinin sözleşme hükümleri çerçevesinde cayma hakkını kullanması neticesinde şirket, müşteriye organizasyon ücreti dahil, herhangi bir kesinti yapılmaksızın müşteriden alınan tutarın tamamını kararın kendisine bildirilmesine takiben on dört gün içinde iade etmekle yükümlüdür. Şirketin iade yükümlülüğünün ne zamandan itibaren başlayacağı ise cayma hakkının hüküm ve sonuç doğurmaya başlayacağı an ile ilgilidir. Yönetmelik'in 17/8 hükmüne göre cayma kararı şirkete ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaya başlayacaktır. Şirket bu andan itibaren on dört gün içinde de müşteriye cayma hakkı kapsamında iade etmesi gereken tutarı ödeme yükümlülüğü altındadır. Şirket iade ile yükümlü olduğu geri ödemeleri tasarruf fon havuzunda, biriken tutarların toplandığı havuzdan yapacaktır.

Kanun veya Yönetmelik'te cayma bildirimini geçerliliği için bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu kapsamda cayma hakkının kullanılmasında uyulacak şekli taraflar sözleşme kapsamında belirleyeceklerdir. Kanaatimizce cayma bildirimini şeklinin en azından tasarruf finansman sözleşmesi kapsamında öngörülen diğer şekil şartlarında olduğu gibi yazılı şekilde veya yazılı şekil yerine geçecek (TKHK kapsamında da öngörüldüğü üzere kalıcı veri saklayıcılarında kayıt altına alınacak) uzaktan iletişim araçları ile yapılması gerekmektedir.

Cayma hakkı özellikle TKHK ve bu Kanuna dair alt düzenlemeler kapsamında birçok sözleşme için tüketiciyi korumak amacıyla tanınmış bir haktır. 6361 sayılı Kanun'da diğer finansman faaliyetlerinden farklı olarak tasarruf finansman sözleşmesi kapsamında müşteriye cayma hakkı tanınmış olması sözleşmenin niteliği itibarıyla daha çok bir tüketici işlemi olarak kurulduğunun göstergesidir.

### C. Fesih Hakkı

Tasarruf finansman sözleşmesi ile şirket ve müşteri arasında sürekli bir sözleşme ilişkisi kurulduğu için bu ilişkiyi sona erdiren sebeplerden biri de fesih hakkıdır. Fesih hakkı sözleşmeden ya da kanundan doğan, hak sahibine tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılan ve kullanıldıktan sonra da geri alınamayan bozucu yenilik doğuran bir haktır<sup>40</sup>.

6361 sayılı Kanun'un 39/A, f. 4 maddesinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin müşterinin tasarruf finansman sözleşmesi ile kurulan sözleşme ilişkisini feshedebileceği düzenlenmiştir. Buna göre tasarruf finansman sözleşmesinde müşteriye tanınan fesih hakkı kanundan doğan fesih hakkıdır ve şirket karşısında sosyo-ekonomik yönden daha zayıf konumda olan müşteriye korumak amacıyla emredici niteliktedir<sup>41</sup>. Düzenlemeye göre müşteri fesih hakkını herhangi bir sebebe dayanma ihtiyacı olmaksızın tasarruf dönemi içinde kullanabilmektedir. Müşteri, Kanun'un tanıdığı bu hakkı tasarruf dönemi bitene kadar, yani finansman dönemine geçilmemiş olması kaydıyla kullanabilir. Bunun sebebi tasarruf dönemi boyunca müşteri her ne kadar ödeme planına bağlı olarak kararlaştırılan vadelerde şirket hesabına ödeme yapıyorsa da aslında bir nevi tasarruf finansman şirketi nezdinde tasarruf birikimi yapmaktadır. Henüz finansman dönemine geçilmemiş ve finansman ödemesi yapılmamış olması sebebiyle şirkete karşı borçlanmamaktadır. Fesih hakkının sadece tasarruf dönemi ile sınırlı tutulmasının bir sebebi de fesih hakkının sonuçlarının geleceğe etkili olarak doğmasıdır. Bu durum özellikle sürekli borç ilişkilerinde edimlerin ifasına başlanmış olması halinde ifa edilen edimlerin iade edilmeyeceği esası ile ilişkilidir. Sürekli borç ilişkilerinde geçmişe etkili sonuç doğuran dönme hakkının kullanılamaması sebebiyle ifa edilen edimler geçerliliğini korumaktadır. Diğer yandan, fesih hakkının kullanılması sonucunda da feshedilen sözleşmeye bağlı bazı geri verme yükümlülükleri doğabilir<sup>42</sup>. Ancak buradaki geri verme yükümlülüğünün kapsamı yeni dönme görüşü çerçevesinde doğan tasfiye ilişkisindeki gibi değildir<sup>43</sup>. Tasarruf finansman sözleşmesinin müşterinin feshi ile sona ermesi halinde şirketin iade yükümlülüğü hususunda Kanun bazı sınırlamalar getirmiştir. Müşterinin cayma hakkında yapmış olduğu tüm birikimleri (buna organizasyon ücreti de dahildir) geri alması öngörülmüşken, fesih hakkının kullanılması halinde müşteri organizasyon ücreti dışında kalan tasarruf dönemine ait tüm tutarı alma hakkına sahiptir. Görülmektedir ki, şirketin iade yükümlülüğü kapsamı aslında müşterinin ödeme planına riayet ederek şirket nezdinde yapmış olduğu tasarruf birikimleridir. Şirket bu süre zarfında müşterinin tasarruf fon havuzunda biriken yatırımlarını yönetme borcunu ifa etmiştir. Sözleşme kapsamında müşteri şirketin yönetim borcuna karşılık organizasyon ücreti ödeme borcunu üstlenmektedir. Şirket, müşteri tarafından fesih hakkı kullanılana kadar bu borcunu ifa etmeye devam ettiği için

<sup>40</sup> Eren, 1289; Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul 1975, 121, (Serozan, Sözleşmeden Dönme).

<sup>41</sup> Eren, 1290.

<sup>42</sup> Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 119.

<sup>43</sup> Sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilebilmesi ancak dönme hakkının kullanılması ile mümkündür. Dönme, sözleşmeye dayalı ilişkiyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran bir sebeptir<sup>43</sup>. Doktrinde giderek daha fazla desteklenen “yeni dönme görüşüne” göre de sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaz, geleceğe etkili sonuç doğurur. Taraflar arasındaki ilişki tasfiye ilişkisine dönüşür ve bu tasfiye ilişkisinde ifa edilen edimlerin iade edilmesi (geri verme borcu) gerekecektir. Eren, 1230; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 130 vd.

organizasyon ücretinin iadesi söz konusu olmayacaktır<sup>44</sup>. Zira, fesih hakkı ifa edilen edimlerin iadesini içermemektedir<sup>45</sup>.

Şirket, fesih sebebiyle tasarruf birikimi ve varsa buna dair getirilerin iadesini Yönetmelik'in 17/8 hükmüne göre müşterinin "iadeyi talep etmesini takiben azami altı ay içinde müşterinin göstereceği kendi adına açmış olduğu banka hesabına defaten" yapacaktır<sup>46</sup>.

Kanun fesih hakkını sadece müşteriye tanımıştır. Kanun'un 39/A, f. 4 maddesinin son cümlesine göre şirketler, müşteri tarafından sözleşme yükümlülüklerinin ihlali hariç olmak üzere, tasarruf finansman sözleşmelerini tek taraflı olarak feshedemeyecektir. Bu durumda müşteri borçlarının ifasında temerrüde düşerse şirket, temerrüt hükümleri çerçevesinde TBK. m. 126 hükümlerine göre sözleşmeyi feshedebilecektir.

Yönetmelik'in 17/2 hükmüne göre fesih hakkı da cayma hakkı gibi şirketin bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında olan unsurlardan biridir. Müşteri, sözleşme yapılmadan önce kendisine gönderilecek ön bilgilendirme formunda fesih hakkına dair etkin bir şekilde bilgilendirilmelidir.

## V. UYGULAMADA KARŞILAŞILAN MUHTELİF SORUNLAR

6361 sayılı Kanun kapsamında yapılan düzenlemelerin yürürlüğe girmesi ile tasarruf finansman şirketleri ile müşterileri karşı karşıya getirecek bazı sorunlar vuku bulmuştur. Bunların başını Kanun'un geçici 7. maddesinde düzenlenmiş olan tasarruf finansman şirketleri için intibak süreci çekmektedir. Maddenin birinci fıkrasına göre, "*Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte tasarruf finansman faaliyeti yürütenler, yürürlük tarihinden itibaren bir ay içinde Kuruma başvuruda bulunmak, başvuru sırasında durumlarını en geç altı ay içinde Kanun hükümlerine uygun hâle getireceklerine veya müşteri hak ve menfaatlerini zarara uğratmadan tasfiye olacaklarına dair bir plan sunmak ve planın uygun görülmesi hâlinde gereken işlemleri planda belirlenen süreler içerisinde yerine getirmek zorundadır*". İntibak süreci Kurul'un uygun görmesi ve ek bir plan sunulması kaydıyla altı ay daha uzatılabilir. İntibak süreci içinde "*Kuruma başvuruda bulunan şirketlerden, varlıklarının yükümlülüklerini karşılayamayacağı tespit edilenler ile durumlarını öngörülen süre içerisinde bu Kanun hükümlerine uygun hâle*

<sup>44</sup> 6361 sayılı Kanun'da organizasyon ücretinin tamamen iade kapsamı dışında tutulduğu görülmektedir. Müşterinin fesih hakkını sözleşmenin imzalanmasından bir ay geçtikten sonra kullanması ile yedi ay sonra kullanması arasında şirketin yönetim borcunu ifasında farklılık olacaktır. Şirketin sözleşme gereği alacağı organizasyon ücreti bedeli düşünüldüğünde (düzenleme öncesi sözleşmelerde 20.000, 30.000 TL vb. gibi ücretler alınmaktaydı) müşteri bir ay sonra fesih hakkını kullandığında şirketin fahiş bir edinin elde etmesi söz konusu olacaktır. Uygulamada da sık sık müşteriler tarafından şikâyet konusu haline gelen bir durum, düzenleme öncesi sözleşmelerde fesih hakkını kullanan müşterilere organizasyon ücretinden büyük bir kısmında kesinti yapıldıktan sonra müşteriye iade edilmesiydi. Örneğin; 30.000 TL organizasyon ücreti ödeyen bir müşteriye 8.000 TL iade ediliyordu. Ancak yeni hükümlere göre organizasyon ücreti hiçbir şekilde iade kapsamında değildir. Bu hüküm fesih hakkının sonuçları ile uyuyor olsa da açıkladığımız sebeplerle, en azından fesih hakkının kullanıldığı ayla orantılı, kesintiler yapılmak suretiyle müşteriye organizasyon ücretinin de iade edilmesi kanaatimizce müşterinin korunması açısından yerinde olacaktır.

<sup>45</sup> İade kapsamı dışında olan bir husus da şirketin tasarrufların yönetiminden elde ettiği getirilerdir. Sözleşme kapsamında getirilerin müşteriye ödenmesi kararlaştırılmamışsa bu getiriler tasarruf fonu içinde ihtiyat fonu olarak ayrılmaktadır. Müşteriye ödenecek getiriler de tasarruf birikimine aktarılacaktır.

<sup>46</sup> Fesih bildiriminin şekli konusunda da Kanun veya Yönetmelik'te bir hüküm yoktur. Bu kapsamda cayma hakkının kullanılmasında olduğu gibi fesih hakkında da yazılı şekilde veya yazılı şekil yerine geçecek (TKHK kapsamında da öngörüldüğü üzere kalıcı veri saklayıcılarında kayıt altına alınacak) uzaktan iletişim araçları ile yapılmasının gerektiği kanaatindeyiz.



*getirmeyenler veya sunduğu plan Kurul tarafından yeterli görülmeyenler ile Kuruma başvuruda bulunmayan şirketlerin tasfiyesine karar verilebilecektir”.*

Şirketler Kanun’da öngörülen bu intibak sürecini tamamlamak için Kurum’a başvuruda bulunmuşlardır. Ancak Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce yaptıkları sözleşme kapsamında tahsisata hak kazanan müşteriler, zamanı gelen tahsisat ödemelerinin gerçekleştirilmesi için şirketlere başvuruda bulunmakta iseler de şirketler intibak sürecinde oldukları için altı aydan önce tahsisat ödemesi yapamayacaklarını gerekçe göstererek tahsisat ödemesi borcunun ifasından imtina etmektedirler. Bu durumda şirketlerin muaccel olan ve ifası talep edilen borçlarını ifa etmemeleri halinde borçlu temerrüdünün şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesi gerekmektedir.

Şirketlerin, ödemededen imtina etmelerinin dayanağı intibak sürecidir. Tasarruf finansman şirketlerinin intibakını düzenleyen geçici 7. maddede açıkça sözleşme hükümlerinin askıya alındığından veya bu dönemde tahsisat ödemelerinin erteleneceğinden bahsedilmemektedir. Maddenin beşinci fıkrasında, “*Durumlarını bu Kanun hükümlerine uygun hâle getirerek intibak eden tasarruf finansman şirketlerinin bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlük tarihi öncesinde akdettikleri tasarruf finansman faaliyeti kapsamındaki sözleşmeler bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine göre tadil olmaksızın uygulanmaya devam olunur*” hükmü yer almaktadır. Bu hükümde örtülü bir ifade ile şirketlerin intibak süreçlerini tamamlamış olmaları halinde Kanun’un yürürlük tarihinden önce yapılmış olan sözleşme hükümlerinin uygulanmaya devam edeceği ifadesi ile aslında geçici bir askı hali öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Ancak askı sürecinde müşterilerin sözleşme kapsamında ödemeyi borçlandığı edimlerin akıbeti belirtilmemiştir. Bu sebeple müşteriler intibak sürecinde de tasarruf dönemine ait ödemelerini ifa etmeye devam etmektedirler.

Diğer yandan Kanun’da geçici bir askı hali öngörülmüş olsa bile bu durum Borçlar Hukuku anlamında şirketin temerrüde düştüğü gerçeğini değiştirmemektedir. Zira, borçlu temerrüdü için borçlunun kusurlu olması aranmaz, ifanın gecikmiş olması yeterlidir. Dolayısıyla şirketler tahsisat ödemesinin yapılmamasında kusurlu olmasa dahi şirket temerrüde düşer ve müşteri diğer şartların gerçekleşmesi halinde borçlu temerrüdüne dair talep haklarını şirkete karşı kullanabilecektir. Ancak şirketin kusurunun olmaması müşterinin temerrüt sebebiyle kusur şartı aranan tazminat taleplerinin kullanılmasını engelleyecektir<sup>47</sup>.

Kanun’un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde müşteriler tarafından sık sık şikâyet konusu yapılan bir husus da fesih hakkının kullanılması halinde şirketlerin iade borçlarını altı ay veya daha uzun vadelerde ifa etmesidir. Kanun, fesih hakkının kullanılması halinde iade süresinin Kurul tarafından belirlenecek süre içinde müşteriye iade edileceğini kabul etmiştir. Bunun üzerine Yönetmelik’in 17/8 hükmü ile fesih hakkının kullanılması durumunda şirketin iade talep tarihinden itibaren azami altı ay içinde ödemeyi defaten, müşterinin göstereceği bir hesaba yapması gerekmektedir. Mevcut düzenleme ile iade süresi azami altı ay ile sınırlandırılmış olsa da bu süre müşterinin her halükârda mağdur olmasına sebep olacaktır. Sahip olduğu tüm birikimi şirket havuzunda toplanan ve konut, işyeri veya taşıt ihtiyacını da henüz giderememiş olan müşterinin tüm yatırımının en kısa zamanda kendisine ödenmesi gerekir. Diğer yandan, şirketler

<sup>47</sup> Eren, 1127 vd.; Buz, Vedat. *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara 1998, 100.

bu hükmü kendi lehlerine yorumlayarak altı aydan önce iade yükümlülüğünü yerine getirmeyebileceklerdir. Sonuç itibariyle yatırım ne kadar şirket havuzunda kalırsa bu süre zarfında şirket tarafından getiri elde edilmeye de devam edilecektir. Ayrıca azami altı aylık sürenin belirlenmesinde hangi kriterlerin esas alındığı muğlaktır. Bu sebeplerle yönetmelikte Kurul tarafından belirlenen iade süresinin müşteri mağduriyetini önlemek adına daha makul bir süreye indirilmesi, en azından bu sürenin maksimum iki veya üç ayı geçmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

## SONUÇ

Hukukumuz açısından yeni bir kavram olan tasarruf finansman sözleşmesi 6361 sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu” ile hukukumuzda girmiştir. Mevcut düzenleme öncesi de birçok firma tarafından yürütülen, İslami finansman modeli olarak kabul edilen tasarrufa dayalı faizsiz finans sistemine gösterilen ilginin fazla olması, firma sayılarındaki artış, sistemin ve firmaların güvenilirliğinin sorgulanmasına sebep olmuş zamanla artan müşteri şikayetleri ile de bu sistemin denetime tabi olması gerekliliğini ortaya koymuştur. Bu kapsamda 6361 sayılı Kanun ve buna ilişkin çıkarılan “Tasarruf Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik” ile bu sisteme finansman temini için başvuran müşterilerin sözleşmenin güçlü tarafı olan şirketlerin tek taraflı, baskın ve keyfi tutumlarının önlenmesi, şirketlerin BDDK’nın denetimine tabi tutularak sistem harici faaliyetlerine engel olunması ve müşteriler açısından hak mağduriyetlerinin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Ancak, Kanun ve Yönetmelik kapsamında müşteri aleyhine sonuç doğuran birçok hususa dair yeterli, açıklayıcı ve müşteriyi koruyucu nitelikte emredici veya tamamlayıcı hükümler getirilmemiş, çerçeve nitelikli sözleşme hükümleri ile sözleşme kapsamında belirlenmesi tarafların mutabakatına bırakılmıştır. Böyle bir durumda her ne kadar mevzuat gereği sözleşmede bulunması gereken asgari birçok unsurunun “genel faaliyet ilkeleri dokümanı” altında BDDK’nın onayını almış olması gerektiği öngörülse de çerçeve sözleşme niteliğine haiz genel işlem koşulları içeren bir sözleşmede müşterinin ne kadar söz sahibi olabileceği şüphelidir.

Yaptığımız değerlendirmeler neticesinde, ticari amaçlı sözleşmeler dışında şirket ve müşteri arasında kurulan tasarruf finansman ilişkisi bir tüketici ilişkisidir. Mevcut düzenlemelerdeki yetersizlikle tüketici/müşteri aleyhinde olan sözleşme maddelerinin, tüketici ilişkisi sayılan hallerde “haksız şart” açısından, TKHK hükümlerinin yetersiz olduğu veya bu kapsam dışında kalan hallerde de TBK. m. 20 vd. gereğince denetlenmesi gerekecektir.

Tasarruf finansman şirketlerinin faaliyet alanlarının ve tasarruf finansman sözleşmesinin konusu Kanun gereği konut, çatılı iş yeri ve taşıt ile sınırlandırılması tasarruf finansman faaliyetinin yeknesaklığı, sistemin güvenilirliği ve denetimi açısından da yerinde olmuştur.

Müşteri lehine olan ve en azından müşterinin sözleşmenin kurulmasından önce, süreç ve sistem hakkında detaylı bilgi sahibi olması imkanını sağlayacak bir diğer hüküm sözleşme öncesi bilgilendirilme yükümlülüğüdür. Ancak, Yönetmelik’in 16/5 maddesinde şirketin, sözleşmenin kurulmasından en az bir gün önce sözleşmenin ön bilgilendirme formunu müşteriye iletilmesini zorunlu tutmuştur. Kanaatimizce müşteriye verilen bu süre yetersizdir. Zira, sistem hakkında önceden bilgisi olmayan, şirketle sözleşme görüşmelerine başlamadan da detaylı bilgi sahibi olması mümkün olmayan müşteriye kendisini uzun süre yükümlülük altına sokacak bir ilişkiye girmeden son kez detaylı düşünme ve araştırma imkânı tanınmalıdır. Şirketler benimseyecekleri

işleyiş politikaları ile bilgilendirme formunu sözleşmenin yapılmasından bir gün önce göndererek hem bu yükümlülüğünü ifa etmiş olurlar hem de müşteriyi acele ettirerek sözleşmeden vazgeçme ihtimalini ortadan kaldırmaya çalışabilirler. Müşteri aleyhine sonuç doğuracak şirket uygulamalarının da önüne geçmek adına, müşterinin lehine olacak şekilde bilgilendirme süresinin “makul bir süre” ibaresi ile değiştirilmesi gerekmektedir.

Mevcut düzenlemeler kapsamında müşteriye cayma ve fesih hakkı tanınmış ancak bu hakkın kullanıma dair bildirimlerin nasıl yapılması gerektiğine dair Kanun’da ve Yönetmelik’te herhangi bir hüküm tesis edilmemiştir. Bu hususa dair esasların yine sözleşme kapsamında belirlenmesi öngörülmüşse de müşterinin korunması açısından en azından müşteriye ispat kolaylığı sağlayacak bildirim usullerinin Kanun veya Yönetmelikte hüküm altına alınması gerektirir. Müşterinin cayma ve fesih bildirimlerini en azından yazılı şekilde veya yazılı şekil yerine geçecek, kalıcı veri saklayıcılarında kayıt altına alınacak uzaktan iletişim araçları ile yapılmasının lehe olacağı kanısındayız.

Müşteriler tarafından da sıkça şikâyet konusu haline gelmiş olan fesih hakkının kullanılması halinde şirketin organizasyon ücretini iade etmeyeceği hükmü, fesih hakkının sonuçlarının geleceğe etki doğuran bir müessese olması sebebiyle, kısmen yerindedir. Şirket müşteri tarafından sözleşmenin kurulmasından itibaren biriken yatırımları yönetme borcunun karşılığında organizasyon ücreti almaktadır. Ancak, müşteri tasarruf dönemi içinde sisteme dahil olduktan çok kısa bir süre sonra da fesih hakkını kullanabilir. Bu durumda şirket tarafından çok kısa sürecek bir yönetim faaliyeti neticesinde yüksek tutarlardaki organizasyon ücretinin tamamen iade dışında tutulması hakkaniyete aykırıdır. Bu sebeple en azından müşterinin fesih hakkını kullanana kadar sistemde kaldığı süre ile orantılı olarak belirli oranlarda kesintiler yapılması suretiyle müşteriye iade edilmesi müşterinin korunması açısından lehe olacaktır.

Sıkça şikâyet konusu haline gelmiş bir husus da müşterinin fesih hakkının kullanılması halinde şirketin iade yükümlülüğünü ifa edeceği süre ile ilgilidir. Yönetmelik’in 17/8 hükmünde öngörülen azami altı aylık iade süresi tüm birikimi şirket havuzunda toplanan müşterinin her halükârda mağdur olmasına sebep olacaktır. Mevcut düzenleme ile iade süresi azami altı ay ile sınırlandırılmış olsa da şirketler bu hükmü kendi lehlerine yorumlayarak altı aydan önce iade yükümlülüğünü yerine getirmeyebileceklerdir. Kurul tarafından belirlenen iade süresinin müşteri mağduriyetini önlemek adına daha makul bir süreye indirilmesi, en azından bu sürenin maksimum iki veya üç ayı geçmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Son olarak, şirketlere Kanun gereği tanınan intibak sürecinde tahsisat borçlarını ödemediği imtina etmeleri, şirketlerin borçlu temerrüdüne düşmesine sebep olacaktır. Şirket açısından intibak sürecinde olmak hâkli neden teşkil etse, hatta mevcut düzenleme geçici bir askı olarak yorumlansa dahi borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için borçlunun kusuru şart olmadığı için temerrüdün diğer şartlarının gerçekleşmesi halinde şirket temerrüde düşecektir. Şirketin kusursuz oluşu müşterinin temerrüde dayalı kusur şartı aranan tazminat taleplerini engellemekten öteye gitmeyecektir.

## KAYNAKÇA

- Afşar, Aslı. Finansal Gelişme ile Ekonomik Büyüme Arasındaki İlişki, *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, S. 36, 2007, 189 vd., <https://dergipark.org.tr/tr/pub/mufad/issue/35607/395635>, (E.T. 21.03.2021).
- Akbulak, Yavuz. Türk Finans Hukukunda Yeni Bir Kurum: “Tasarruf Finansman”, *Legal Blog*, 2021, 2, <https://legal.com.tr/blog/genel/turk-finans-hukukunda-yeni-bir-kurum-tasarruf-finansman>, (E.T. 09.04.2021).
- Akıncı, Şahin. *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 11.B., Konya 2020.
- Altıok Ormancı, Pınar. *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi*, İstanbul 2011.
- Antalya, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt. V/1, 1, 2.B.*, Ankara 2019.
- Arat, Ayşe. *Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk*, İstanbul 2018.
- Bellican, Cüneyt. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Bilgilendirme Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2- 1, Temmuz- Ağustos 2017, 305, <https://www.jurix.com.tr/article/9664>, (E.T. 17.04.2021).
- Beybur, M./Çetinkaya, M.. Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finans Sistemine Jak Bankacılık ve Karz-I Hasen Sistemi Önerisi, *The Journal of Social Science*, C: 5, S: 9, 2021, (DOI: 10.30520/tjsosci.880196, E.T. 25.03.2021).
- Birsin, Mehmet/ Ötegeçeli, Hatice. Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi ve Fıkhî Meşruiyeti Üzerinde Yapılan Değerlendirmeler, *Mesned İlahiyat Araştırmaları Dergisi*, C. 10, S. 1, 2019, 87 vd., <https://dergipark.org.tr/tr/pub/mesned/issue/46608/584675>, (E.T. 11.04.2021).
- Buz, Vedat. *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara 1998.
- Çekin, Ömer. *Tasarrufa Dayalı Finansman Sistemi ve İslami Finans İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İslam İktisadı ve Finansı Anabilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2018.
- Ercoskun Şenol, Kübra. “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27”, *IÜHFİM*, C. 74, S. 2, 2016, 724, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/292465>, (E.T. 16.04.2021).
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. B., Ankara 2017.
- Gonzenbach, Rainer. *Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht*, Bern 1987.
- Karahan, Hediyeullah/ Ersoy, Hicabi. Faizsiz Finansın Temel Prensipleri ile Türkiye’de Reel Kesimde Kullanılması, *Maliye ve Finans Yazıları*, C. 0, S. 105, 2016, 95 vd., <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/302022>, (E.T. 17.04.2021).
- Kılıç, Selim. Konut Finansman Modeli Olarak Yapı Tasarruf Sandıkları; Almanya ve Türkiye’deki Uygulamaları, Yönetim ve Ekonomi, *Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/yonveek/issue/13686/165630>, (E.T. 11.04.2021).
- Kuntalp, Erden. *Ard Arda Teslimli Satım Akdi*, Ankara 1968.
- Okur, M./ Çatıkkaş, Ö./ Ersoy, M.. Bir Gölge Bankacılık Uygulaması Olarak Gayrimenkul Finansmanında Alternatif Bir Faizsiz Finansman Modeli: İpoteğe Dayalı Paylaşım Faizsiz Finansman Modeli, *İşletme Araştırmaları Dergisi*, 10/4, 2018, [https://www.isarder.org/2018/vol.10\\_issue.4\\_article19\\_full\\_text.pdf](https://www.isarder.org/2018/vol.10_issue.4_article19_full_text.pdf), (E.T. 25.03.2021).
- Oğuzman, K./ Öz, T.. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, Gözden Geçirilmiş 12. B., İstanbul 2014.

Seliçi, Özer. *Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul 1977.

Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul 1975, (Kısaltma: Serozan, Sözleşmeden Dönme).

Serozan, Rona. “Culpa In Contrahendo”, “Akdin Müspet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 2, S. 3, 1968, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhad/issue/1282/15108>, (E.T. 15.04.2021).

Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. B., İstanbul, 1993.

Tuna, Abdulkadir. Finansal Ekonomi, *İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi*, [https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr/auzefcontent/20\\_21\\_Guz/finansal\\_ekonomi/2](https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr/auzefcontent/20_21_Guz/finansal_ekonomi/2), (E.T. 21.03.2021).

Uluslan, İlhan. Culpa in Contrahendo Üstüne, *Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan 1*, İstanbul 1982.

Yavuz, Cevdet. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 13. B., İstanbul 2014.

Von Thur, Andreas. (Çev. Cevat Edege), *Borçlar Hukuku*, C. 1, İstanbul 1952.



## Bankanın Mevduat Hesabı Üzerinde Takas veya Mahsup Yetkisi\*

Seda BAŞ 

Arş. Gör., Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, [seda\\_yildiz06@hotmail.com](mailto:seda_yildiz06@hotmail.com), (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	Öz
<p><b>Makale Geçmişi</b> <b>Geliş: 10.05.2021</b> <b>Kabul: 19.08.2021</b> <b>Yayın: 06.09.2021</b></p> <p><b>Anahtar Kelimeler:</b> Mevduat, Takas, Mahsup, Bankanın takas yetkisi, Bankanın mahsup yetkisi.</p>	<p>Bankacılık işlemlerinin temelini oluşturan mevduat hesabındaki para, gelişen teknolojiyle birlikte, çok çeşitli işlemlere konu olabilmektedir. Mevduat sahipleri artık bankaya gitmeden faturalarını ödeyebilmekte, kredi kartı borcu ya da kredi borcu gibi bankaya olan yükümlülüklerini yerine getirebilmektedir. Bunun yanı sıra, bankanın mevduat hesabı dolayısıyla sahip olduğu ve mevduat sahibinden tahsil etmesi gereken birtakım kalemler de bulunmaktadır. Bankanın mevduat üzerinden gerçekleştirdiği bu tahsilat işlemlerinin hukukten takas ya da mahsup niteliğine sahip olduğu söylenebilir. Takas ve mahsup kavramları arasında çok önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu sebeple bu kavramların birbirleri yerine kullanılmaması gerekir. 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda bankanın takas yetkisi kanunda düzenlenmemişken, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 61 hükmü takasa ilişkin genel hükümlere yaptığı atıfla, kanundan doğan bir takas yetkisinin mevcut olduğunu açıkça düzenlemektedir. Ancak, taraflar arasında yapılan mevduat sözleşmesine, takasla ilgili genel hükümlerde düzenlenen hususların aksine hükümler konulması da mümkündür. Mahsup yetkisi ise bankanın müşterisiyle yaptığı mevduat sözleşmesiyle tanınabilir. Sözleşmede bankanın mahsup yetkisi olduğu yönünde bir hüküm mevcut değilse, bankanın yaptığı mahsup hukukten haksız bir mahsup niteliğini haizdir.</p>

### Authority of Barter or Offset of The Bank in Deposit Account

Article Info	Abstract
<p><b>Article History</b> <b>Received: 10.05.2021</b> <b>Accepted: 19.08.2021</b> <b>Published: 06.09.2021</b></p> <p><b>Keywords:</b> Deposit account, Barter, Offset, Authority of barter of the bank, Authority of offset of the bank.</p>	<p>Money in the bank deposit account which forms the basis of banking transactions, with evolving technology, can be subject to a wide variety of transactions. Depositors now can pay their bills, fulfill their responsibilities such as credit card debt or credit debt without going to the bank. Besides, there are some items which the bank has through a deposit account and must receive. It can be said that these receipt transactions that the bank makes realize over deposit account have legally the characteristic of barter or offsetting. Between the concept of barter or offsetting are very important differences. Therefore, these concepts should not be used interchangeably. While the authority of the barter of the bank is not regulated in the Banks Law No. 4389, article 61 of the Banking Law No. 5411 clearly regulates the existence of the authority of the barter arising from the law with reference to the general provisions related to barter. However, it is also possible to be included provisions in the bank deposit agreement between the parties contrary to the matters regulated in the general provisions regarding the barter. The authority of offset can be recognized by the deposit account contract that the bank draws up with the customer. If there is no provision in the contract stating that the bank has the authority of offset, the offset made by the bank is legally unfair.</p>

**Atıf/Citation:** Baş, S. (2021). "Bankanın Mevduat Hesabı Üzerinde Takas veya Mahsup Yetkisi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), s. 468-493.

**Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

\* Bu makale 10-12 Nisan 2021 tarihinde Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan özet bildirinin genişletilmiş halidir.

## GİRİŞ

Teknoloji her geçen gün artan bir hızla gelişmekte ve bu gelişim sosyal hayatta birçok alanda yenilikleri ve kolaylıkları da beraberinde getirmektedir. Teknolojik gelişmeler sonucunda hayatımızı kolaylaştıran alanlardan biri bankacılık işlemleridir. Bankacılık işlemlerinin temelinde bir mevduat hesabı ve bu hesap aracılığıyla gerçekleştirilen işlemler bulunmaktadır. Eskiden insanların elinde bulunan para, günümüz teknolojisi karşısında, bankaya yatırılarak mevduatı oluşturur. Mevduat sahipleri, bankaya gitmeden hatta tek bir tuşla birçok işlem yapabilmektedir. Mevduat hesabında nakit bulunan bir kimse kolayca kredi borcunu ödeyebilir, kredi kartı işlemlerini gerçekleştirebilir, faturalarını ödeyebilir ya da faturalarının ödenmesi için otomatik ödeme talimatları oluşturabilir. Dilerse oluşturulan otomatik ödeme talimatlarını iptal edebilir. Kredi çekmek, kredi ödeme planını değiştirmek, kredi kartı borçlarını taksitlendirmek gibi işlemler için ise mevduat hesabında nakit bulunması gerekli değildir.

Bankaların, bazı durumlarda mevduat hesabı üzerinde takas veya mahsup yetkilerini kullanması söz konusu olabilir. Bunun için mevduat sahibinin banka ile yaptığı sözleşmede açıkça onayının bulunması gerekir. Aksi halde gerçekleştirilen takas veya mahsup işlemleri hukuka aykırı olur. Mevduatın takas edilip edilemeyeceği sorusu, 4389 sayılı Bankalar Kanunu döneminde hukuki niteliği tespit edilerek cevaplanabilmekteydi. Ancak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 61 ile bankasının takas yetkisine sahip olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu durumda, bankanın takas yetkisi Kanun'dan ya da sözleşmeden doğabilir. Bankanın mahsup yetkisinin kaynağı da Kanun ya da sözleşme olabilir.

Bu çalışmada öncelikle takas, mahsup, mevduat ve mevduat hesabı kavramları irdelenecektir. Daha sonra bankanın takas veya mahsup yetkisine sahip olup olmadığı hususu hem 4389 sayılı Bankalar Kanunu düzenlemeleri hem 5411 sayılı Bankacılık Kanunu düzenlemeleri esas alınarak cevaplandırılacaktır. Bu kapsamda mevduatın hukuki niteliği, takas ve mahsup yetkilerinin kaynakları, mevduat hesabındaki paranın TBK m. 144 hükmü karşısında hangi kavram altında değerlendirilebileceği meseleleri üzerinde durulacaktır. Bankanın takas yetkisi açısından bir diğer önem arz eden mesele, maaş hesabından takas yapılıp yapılamayacağıdır. Son olarak mahsuba konu olabilecek bankacılık işlemleri değerlendirilerek çalışma tamamlanacaktır.

### I. TAKAS ve MAHSUP KAVRAMLARI

Türk Borçlar Kanunu'nda çeşitli hükümlerde yer verilen “takas”<sup>1</sup> ve “mahsup”<sup>2</sup> kavramları, uygulamada sık sık birbirleri yerine eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Aslında bu kullanım şekli doğru değildir. Nitekim takas ve mahsup kavramları arasında, ileride ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, çok önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıklar takas ve mahsup kavramlarının eş anlamlı olmadıklarının, dolayısıyla birbiriyle özdeşleştirilerek kullanılmaması gerektiğinin göstergesidir. Takas ve mahsup kavramları, esas itibarıyla, ayrı birer borçlar hukuku müesseseleridir. Çalışmamızın bu bölümünde, anılan kavramların tanımları ve şartlarını belirtmek suretiyle her iki kavramın farklılıklarını açıklamaya çalışacağız.

<sup>1</sup> TBK'da “takas” kavramına TBK m. 139-145, m. 166, m. 188, m. 257, m. 326, m. 407, m. 439 hükümlerinde rastlanmaktadır.

<sup>2</sup> TBK'da “mahsup” kavramına TBK m. 76, m. 100, m. 102, m. 192, m. 615, m. 628'de rastlanmaktadır.

## A. Takas Kavramı (Verrechnung)

Takas, TBK'nın “*Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı*” başlıklı üçüncü bölümünde, m. 139 vd.'da düzenlenmektedir. Bu hükmün karşılığını eBK m. 118 vd. teşkil etmektedir. TBK m. 139, madde gerekçesinde belirtilen birkaç kavramsal değişiklik hariç olmak üzere, BK m. 118 aynen muhafaza edilerek kanunlaşmıştır. Anılan düzenlemelerin mehzarı OR Art. 120 vd. hükümleridir. Bu başlık altında takasın tanımı, hukuki niteliği ve şartları üzerinde durulacaktır.

### 1. Tanım

Takas kavramına ilişkin bir tanıma kanunda yer verilmemiştir. Ancak doktrinde takas kavramı farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Bir tanıma göre takas, “*karşılıklı, muaccel ve aynı cins iki borcun borçlulardan birinin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesidir.*”<sup>3</sup>. Bir başka tanımda ise takasın “*iki kişinin birbirlerine karşı olan ve genellikle farklı sebeplerden doğan borçlarının birbirine saydırılması*”<sup>4</sup> şeklinde ifade edildiği görülmektedir. İsviçre doktrininde ifade edilen bir tanıma göre takas, “*bir alacağın yani esas alacağın mukabil bir alacaktan yani takas alacağından feragat yoluyla itfası demektir.*”<sup>5</sup>. Bir başka tanıma göre ise takas “*aynı nevi bir karşı edimden vazgeçmek suretiyle kendi borcunu sona erdirmektir*”<sup>6</sup>. Takasın az olan borç tutarında borcu sona erdirdiğini vurgulayan bir diğer tanıma göre, “*takas, birbirine karşı aynı cins alacağa sahip kişilerden birbirinin tek taraflı beyanı ile bu alacakları az olanı tutarında sona erdirmesidir.*”<sup>7</sup>. Daha ayrıntılı bir tanıma göre takas, “*iki kişinin karşılıklı ve aynı cinsten muaccel olan borçlarının, birbirini karşıladığı oranda, taraflardan birinin tek taraflı irade açıklamasıyla sona erdirilmesidir.*”<sup>8</sup>. İsviçre hukukunda da borçların birbirini kapsadığı ölçüde takasın mümkün

<sup>3</sup> Aral, Fahrettin. *Türk Borçlar Hukukunda Takas*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 21. Aynı yönde, Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 312; Reisoğlu, Safa. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 417.

<sup>4</sup> Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 318-319, N.: 206.

<sup>5</sup> Becker, Hermann. *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, IV. Cilt, Borçlar Kanunu*, Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara 1967, s. 97. Benzer yönde, Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal / Develioğlu, H. Murat. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 469, N.:1511.

<sup>6</sup> Bucher, Eugen. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1988, s. 428.

<sup>7</sup> Oğuzman, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 584. Benzer bir tanım için, bkz. Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 417. Aynı yönde açıklamalar için, bkz. Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 1012-1013; Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 1410; Hatemi / Gökyayla, s. 312. N.:1.

<sup>8</sup> Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 874.

olduğu hususu vurgulanmaktadır<sup>9</sup>. Bu tanımlar ve kanunun sistematığı göstermektedir ki, takasın en belirgin özelliği, borcu sona erdiren hallerden biri oluşudur<sup>10</sup>.

Kanaatimizce takas; en az iki farklı<sup>11</sup> borç ilişkisinden doğmak şartıyla aynı cins, karşılıklı ve muaccel borçların, takasın şartları olduğu andan itibaren geçerli olmak üzere borçlulardan birinin tek taraflı irade beyanı ile tutarı az olan borç miktarınca sona erdirilerek ve ifaya gerek kalmaksızın borç ilişkisine son verilmesi olarak tanımlanabilir.

## 2. Hukuki Nitelik

Takas tek taraflı bir hukuki işlem olup<sup>12</sup>, sözleşme niteliğine sahip değildir<sup>13</sup>. Takas hakkı, bu hakka sahip olan tarafın muhataba yönelttiği bir irade beyanı ile kullanılır. TBK m. 144'te sayılan alacaklının rızasıyla takas edilebilen alacaklar dışında, muhatabın takası kabul etmesi dahi aranmamaktadır<sup>14</sup>.

Takas, hukuki niteliği itibariyle bir tasarruf işlemidir<sup>15</sup>. Takas beyanı ile borçlu hem kendi borcunu hem de alacağını elde etmek suretiyle<sup>16</sup> karşı tarafın borcunu sona erdirmektedir.

Takas, tek taraflı irade beyanı ile hukuki sonuç meydana getirmesinden dolayı, yenilik doğuran bir hukuki işlem olarak kabul edilmektedir<sup>17</sup>. Takas hakkına sahip olan tarafın irade beyanını açıklayarak bu hakkını kullanması ise, yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasını ifade eder. Takas beyanında bulunulmasıyla birlikte, borç ilişkisi sona ermektedir. Takas, yenilik doğuran haklardan bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğine sahiptir<sup>18</sup>.

Takas hakkının kullanılması için dava açılması gerekmemektedir<sup>19</sup>. Takas hakkı karşı tarafa yöneltilen bir irade beyanı ile kullanılır. Bu irade beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte

<sup>9</sup> “Kanun, takasla aynı neviden edimlerin birbirini karşıladığı kapsamda sona ermesini mümkün kılmaktadır. Ayrıca bu sona ermenin etkisi kendiliğinden (ipso iure) değil taraflardan en az birisinin takas beyanında bulunması ile ortaya çıkar.” Schwenzler, Ingeborg. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Stampfli Verlag, Bern 2012, s. 514, Rdn. 77.01.

<sup>10</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 1013; Eren, s. 1411; Buz, Vedat. “Takas Beyanının Geriye Etkisi Üzerine”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 229-230; Uygur, Turgut. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 1*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 919; Develioğlu, Hüseyin Murat. *Takas*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 6; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 469, N.: 1512.

<sup>11</sup> Honsell, Heinrich. *Obligationenrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, s. 508, Rdn. 1.

<sup>12</sup> Becker, s. 100; Develioğlu, s. 12; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 469-470, N.: 1514.

<sup>13</sup> Eren, s. 1411.

<sup>14</sup> Hatemi / Gökyayla, s. 312, N.:2; Eren, s. 1411; Develioğlu, s. 14.

<sup>15</sup> Hatemi / Gökyayla, s. 313, N.:4; Eren, s. 1411; Ayan, s. 418; Develioğlu, s. 216-217.

<sup>16</sup> Reisoğlu, *Genel Hükümler*, s. 417.

<sup>17</sup> Oğuzman / Öz, s. 584; Reisoğlu, *Genel Hükümler*, s. 417; Nomer, *Genel Hükümler*, s. 319; Buz, *Takas*, s. 231; Develioğlu, s. 13; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 469-470, N.: 1514. Takasın bir def'i olduğu yönünde, bkz. Kılıçoğlu, s. 24.

<sup>18</sup> Eren, s. 1411; Hatemi / Gökyayla, s. 312, N.:2; Çuhacı, Şemsettin. “Takas ve Mahsup Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, *Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan*, İstanbul 2000, s. 167; Buz, Vedat. *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 193. Doktrinde Aral, takas beyanı ile takasın hukuki niteliğinin birbirinden ayrılması gerektiğini belirterek, takas beyanının bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğine sahip olduğunu ifade etmektedir. Bu hususta, bkz. Aral, s. 33. Takasın hukuki niteliği hakkındaki görüşler için ise, bkz. Aral, s. 34 vd. Develioğlu, hukuki nitelendirmesini takas beyanı kavramı üzerinden yapmıştır. Bu hususta, bkz. Develioğlu, s. 12.

<sup>19</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 1021; Aral, s. 177; Hatemi / Gökyayla, s. 313, N.:2; Develioğlu, s. 13.

takas hüküm ve sonuçlarını doğurur<sup>20</sup>. Beyanın karşı tarafa ulaşmasından maksat; karşı tarafın takas beyanını öğrenmiş olması değil, beyanın muhatabın hakimiyet alanına girmiş olmasıdır<sup>21</sup>.

Bir yenilik doğuran hak niteliğine sahip olan takas hakkı, bir kez kullanılmakla hüküm ve sonuçlarını meydana getirir ve tükenir<sup>22</sup>. Bu husus doktrinde “*hakkın ‘hikmeti vücudu’nun ortadan kalkması*” olarak ifade edilmektedir<sup>23</sup>. Tek taraflı bir hukuki işlem olmasının sonucu olarak takas, kullanıldıktan sonra artık geri alınamaz. Dolayısıyla takas beyanı muhataba vardıktan sonra bu beyandan dönülmesi mümkün değildir<sup>24</sup>.

Takas şekle bağlı değildir. Takas hakkına sahip olan kimse herhangi bir şekil şartına uymaksızın takas beyanında bulunabilir<sup>25</sup>.

Burada son olarak üzerinde durmak istediğimiz mesele, takasın borcu sona erdirici etkisinden dolayı ifa sayılıp sayılamayacağı hususudur. Doktrinde hâkim olan görüşe göre borcun ifa edilmesi ihtiyacını ortadan kaldıran takas, ifa ile benzer bir sonuç meydana getirmesine rağmen ifa sayılmaz<sup>26</sup>. Ancak, bizim de katıldığımız görüşe göre, alacaklının tatmin edilerek borcu sona erdirici bir niteliğe sahip olmasından dolayı takas, ifa benzeri bir işlem olarak kabul edilebilir<sup>27</sup>. Diğer yandan Develioğlu, takasın en önemli işlevinin, ifanın yerini tutucu özelliği olduğunu vurgulamaktadır<sup>28</sup>. Takası kendine has bir sukut sebebi olarak kabul eden görüş ise, takasın ibra, ifa ve ifa yerine tutan eda olmadığını dile getirmektedir<sup>29</sup>.

### 3. Takasın Şartları

Takasın geçerli bir şekilde beyan edilerek hüküm ve sonuçlarını meydana getirmesi için, birtakım şartların mevcudiyeti gerekmektedir. Bu şartlar, öğretilerde olumlu ve olumsuz şartlar olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur<sup>30</sup>.

#### a. Takasın Olumlu Şartları

Takasın olumlu şartları; takas edilecek alacakların karşılıklı olması, edimlerin aynı cinsten olması ve takas alacağının muaccel, karşı alacağın ise ifa edilebilir nitelikte olmasıdır.

#### aa. Alacakların Karşılıklı Olması

Takasın söz konusu olabilmesi için, karşılıklı iki alacak ve dolayısıyla iki borç olmalıdır<sup>31</sup>. Her iki taraf da hem alacaklı hem borçlu konumdadır. Takasın gerçekleşebilmesi için hem takas eden hem takas beyan edilen kişinin birbirlerine karşı hem alacaklı hem borçlu olması

<sup>20</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 1020; Aral, s. 177; Develioğlu, s. 13.

<sup>21</sup> Aral, s. 177.

<sup>22</sup> Aral, s. 178; Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, s. 256.

<sup>23</sup> Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, s. 256.

<sup>24</sup> Aral, s. 182; Eren, s. 1417; Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, s. 257; Nomer, *Genel Hükümler*, s. 319; Develioğlu, s. 18.

<sup>25</sup> Oğuzman / Öz, s. 594; Aral, s. 183 vd.; Hatemi / Gökyayla, s. 313, N.: 5; Develioğlu, s. 215.

<sup>26</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 1013; Hatemi / Gökyayla, s. 313, N.: 3.

<sup>27</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 1013; Aral, s. 35.

<sup>28</sup> Develioğlu, s. 6.

<sup>29</sup> Becker, s. 97-98, Rdn. 1-2.

<sup>30</sup> Oğuzman / Öz, s. 586; Eren, s. 1412; Aral, s. 41; Ayan, s. 418.

<sup>31</sup> Ayan, s. 419; Çuhacı, s. 166.



gerekmektedir<sup>32</sup>. Bu husus doktrinde “*bir alacağın alacaklısı ile diğer alacağın borçlusu arasında bir münasebet olması*” şeklinde ifade edilmiştir<sup>33</sup>. Takas eden ile takas beyan edilen kişi arasında iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı şart değildir<sup>34</sup>. Buradaki alacakların karşılıklı olması, aradaki ilişkinin taraflara yüklediği borcun niteliğiyle ilgili değildir. Karşılıklılık şartı bakımından önem arz eden mesele, tarafların hukuki kişilikleridir<sup>35</sup>. Tarafların hukuki kişilikleri, sahip oldukları alacaklı ve borçlu sıfatlarıyla ilgilidir. Buradaki karşılıklılığın mevcudiyeti her borcun alacaklısı ve borçlusunun tespitini gerektirir<sup>36</sup>. Bir örnekle açıklamak gerekirse, takas edenin takas beyan edilene satım sözleşmesinden kaynaklanan bir borcu olduğunu varsayalım. Takas eden takas beyan edilenin kira alacaklısı konumunda olsun. Burada takas alacağının konusu aynı cins olan para borcudur. Ancak satım sözleşmesinden kaynaklanan borç ile kira alacağı, hukuki niteliği bakımından, birbirinin karşılığını oluşturan borçlar değildir. Bu örnekte takas eden satım sözleşmesinin, takas beyan edilen ise kira sözleşmesinin borçlu tarafıdır. Görülmektedir ki, karşılıklılık şartı bakımından taraflar arasındaki borç ilişkisinin hangi ilişkiden doğduğu ve hangi hukuki sebebe dayandığı önem arz etmemektedir<sup>37</sup>. Öte yandan takas beyanının taraflar arasında var olan aynı borç ilişkisinden doğması da gerekmez<sup>38</sup>. Aynı borç ilişkisinden doğan alacakların takas edilmesi mümkün değildir. Takasa konu alacakların aynı cinsten olması şartı, aynı borç ilişkisinde gerçekleşmesi pek ihtimal dahilinde olmayan bir husustur<sup>39</sup>. Alacakların karşılıklı olabilmesi, kanaatimizce, en az iki farklı borç ilişkisinin de varlığını gerektirmektedir.

#### **bb. Edimlerin Aynı Cinsten Olması**

Takasın ikinci şartı, takas edilecek borçların edimlerinin konusunun aynı cinsten olmasıdır. Bu husus TBK m. 139/I’de “*karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde*” şeklinde ifade edilmiştir<sup>40</sup>. Kanunda edimlerin aynı cinsten olması şartı, “özdeş”lik<sup>41</sup> kavramıyla ifade edilmiştir.

Edimlerin aynı cinsten olmasından maksat, söz konusu edimlerin ifade birbirlerinin yerine geçebilecek nitelikte edimler olmasıdır<sup>42</sup>. Bu şart, tek taraflı olarak karşı tarafa yöneltilen takas

<sup>32</sup> Bucher, s. 434; Honsell, s. 508, Rdn. 1; Schwenger, s. 515, Rdn. 77.04; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 1014; Oğuzman / Öz, s. 586; Eren, s. 1412; Aral, s. 42; Hatemi / Gökyayla, s. 313, N.: 8; Reisoğlu, *Genel Hükümler*, s. 418; Kılıçoğlu, s. 875; Develioğlu, s. 79; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 472, N.: 1523; Uğur, s. 920.

<sup>33</sup> Becker, s. 104, Rdn. 5.

<sup>34</sup> Aral, s. 42.

<sup>35</sup> Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 472, N.: 1523.

<sup>36</sup> Aral, s. 43; Develioğlu, s. 82.

<sup>37</sup> Aral, s. 43; Hatemi / Gökyayla, s. 313, N.: 8.

<sup>38</sup> Oğuzman / Öz, s. 586; Aral, s. 42.

<sup>39</sup> Oğuzman / Öz, s. 586, dpn. 122; Aral, s. 42.

<sup>40</sup> Aynı yönde bir düzenleme OR Art. 120/I’de de bulunmaktadır: “*İki şahıs karşılıklı olarak bir miktar parayı veya mevzuları aynı olan başka edaları borçlu olurlarsa her iki borç muaccel ise herbiri borcunu alacağı ile takas edebilir.*” Bkz. Becker, s. 102.

<sup>41</sup> Özdeşlik teriminin isabetsiz olduğu, nitekim takasa konu alacakların aynı alacaklar değil aynı türden alacaklar olduğu hakkındaki eleştiri için, bkz. Oğuzman / Öz, s. 588, dpn. 127.

<sup>42</sup> Becker, s. 106, Rdn. 15; Bucher, s. 438; Aral, s. 56.

beyanının, karşılıklı alacakları sona erdirici etkisinin bir gereğidir<sup>43</sup>. Edimlerin aynı cinsten olması gerekliliği, takasın cebri icra özelliğinden kaynaklanmaktadır<sup>44</sup>.

Edimlerin aynı cinsten olması, miktar itibariyle bir eşitliğin söz konusu olmasını gerektirmez<sup>45</sup>. Kanun gereği özdeş sayılan borçların başında para borçları gelmektedir<sup>46</sup>. Belirtmek gerekir ki, aynı para birimlerinin aynı cins olduğu konusunda doktrinde fikir birliği mevcut iken<sup>47</sup>, farklı para birimlerinin aynı cins olup olmadığı hususu tartışmalıdır<sup>48</sup>.

Alacakların aynı cinsten olması şartının aranacağı an, takas anıdır. Bu şartın alacakların doğduğu anda mevcut olması gerekmeyip takas beyanının karşı tarafa ulaştığı anda var olması gerekir<sup>49</sup>.

### *cc. Takas Alacağının Muaccel, Esas Alacağın İfa Edilebilir Olması*

TBK m. 139/1'de “İki kişi, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir.” hükmü yer almaktadır. Kanunun lafzından takasın geçerli olabilmesi için “her iki borcun muaccel” olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Madde metninden hem takas alacağı hem esas alacağın muaccel olması şartıyla takasın söz konusu olabileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Ancak geçerli bir takastan bahsedebilmek için her iki alacağın muaccel olması gerekmemektedir. Takas alacağının muaccel, esas alacağın ise ifa edilebilir olması takasın gerçekleştirilmesi açısından yeterlidir<sup>50</sup>. Bu husus, kişinin vaktinden önce kendi borcunu ifa edebilmesi imkanını hüküm altına alan “Erken Ödeme” başlıklı TBK m. 96 ile açıklanabilir<sup>51</sup>. Anılan hükümde, “Sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir.” düzenlemesi yer almaktadır. Bu sebeple kanunun bu ifade tarzının isabetli olmadığı dile getirilmektedir<sup>52</sup>.

Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, takas beyanında bulunacak tarafın alacağın muaccel olması takasın geçerliliği açısından yeterlidir. Takas beyan eden tarafın yalnızca borcu

<sup>43</sup> Aral, s. 56.

<sup>44</sup> Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 474, N.: 1529.

<sup>45</sup> Schwenger, s. 517, Rdn. 77.11; Eren, s. 1414; Aral, s. 59, 96-97; Kılıçoğlu, s. 877.

<sup>46</sup> Schwenger, s. 517, Rdn. 77.09; Honsell, s. 512, Rdn. 11; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 1015; Oğuzman / Öz, s. 588; Hatemi / Gökyayla, s. 314, N.: 10; Nomer, *Genel Hükümler*, s. 320, N.: 207.

<sup>47</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 1015-1016; Oğuzman / Öz, s. 588; Eren, s. 1413.

<sup>48</sup> Bu hususta ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı açıklamalar için, bkz. Aral, s. 61-63; Nomer, *Genel Hükümler*, s. 320-321, N.: 207; Develioğlu, s. 129-135.

<sup>49</sup> Becker, s. 107, Rdn. 17; Honsell, s. 512, Rdn. 12; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 1016; Eren, s. 1414; Aral, s. 56; Hatemi / Gökyayla, s. 314, N.: 10; Ayan, s. 419; Reisoğlu, *Genel Hükümler*, s. 419; Develioğlu, s. 127; Uygur, s. 924.

<sup>50</sup> Becker, s. 107, Rdn. 19; Honsell, s. 514, Rdn. 18; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 1017; Oğuzman / Öz, s. 590; Eren, s. 1415; Aral, s. 65; Hatemi / Gökyayla, s. 314, N.: 14; Reisoğlu, *Genel Hükümler*, s. 419; Kılıçoğlu, s. 877; Nomer, *Genel Hükümler*, s. 321; Develioğlu, s. 141.

<sup>51</sup> Aral, s. 65; Hatemi / Gökyayla, s. 314-315, Rdn. 14; Develioğlu, s. 141.

<sup>52</sup> Aral, s. 65. Doktrinde Oğuzman / Öz, bu ifadenin bir bakımdan geniş bir bakımdan da dar bir anlama sahip olduğunu dile getirmektedir. Bu hususta bkz. Oğuzman / Öz, s. 590. Develioğlu ise bu hükümle borcu muaccel olmamış tarafı koruma amacının fazlasıyla aşılmış olduğunu ifade etmektedir. Develioğlu, s. 141. Bu ifadenin çok katı bir dile getiriliş tarzı olduğunu ve takas alacağının muaccel, esas alacağın ise ifa edilebilir nitelikte olması şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde, Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 475-476, N.: 1535.

muaccel olmuş, alacağı ise daha sonraki bir tarihte muaccel olacaksa, artık takas beyanında bulunamaz. Ancak alacağı muaccel olmuş karşı tarafın takas beyanında bulunmasına bir engel yoktur. Muacceliyetin aranacağı an takas anıdır<sup>53</sup>.

### **b. Takasın Olumsuz Şartları**

Takasın olumsuz şartları<sup>54</sup> ise, takasın sözleşmeyle ya da bir kanun hükmü nedeniyle ortadan kaldırılmamış olmasıdır.

#### **aa. Takasın Sözleşmeyle Ortadan Kaldırılmamış Olması**

Takasın olumsuz şartlarından biri, bu yetkinin taraflarca sözleşmeyle ortadan kaldırılmamış olmasıdır. Takas hakkına sahip olan borçlunun bu hakkından önceden vazgeçebileceği kanunda açıkça düzenlenmiştir. “*Takastan Feragat*” başlıklı TBK m. 145’te “*Borçlu, takas hakkından önceden de feragat edebilir.*” düzenlemesi yer almaktadır. TBK’nın takası düzenleyen hükümleri emredici nitelikte olmadığından taraflarca aksi kararlaştırılması mümkündür. Bu sebeptir ki, TBK m. 145’te söz edilen feragat, taraflar arasında kurulacak olan bir sözleşme vasıtasıyla mümkün olabilir<sup>55</sup>. Anılan düzenlemede takastan feragatin “önceden” yapılabileceği düzenlenmişse de takas hakkının ortaya çıkmasından sonra bu haktan vazgeçmek de mümkündür<sup>56</sup>.

#### **bb. Takasın Kanun Hükmüyle Ortadan Kaldırılmamış Olması**

Takasın olumsuz geçerlilik şartlarından bir diğeri ise, takas hakkının bir kanun hükmü nedeniyle ortadan kaldırılmamış olmasıdır<sup>57</sup>. TBK m. 144’te alacaklının rızası olmaksızın takas edilemeyecek alacaklar 3 bent halinde gösterilmiştir. Buna göre, “*1.Tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.*

*2. Haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.*

*3. Nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar*”ın takası alacaklının rızasına bağlıdır. Görülmektedir ki, burada bir kanun hükmü nedeniyle takas hakkı ortadan kaldırılmış bulunmaktadır.

### **B. Mahsup Kavramı (Anrechnung)**

Mahsup kelime anlamıyla, “*genellikle aralarında bağlantı olan iki alacağın birbirine sayılması, bir alacak miktarının bazı nedenler yüzünden indirime uyruk tutulması*”<sup>58</sup> demektir. Mahsup, genel olarak, birtakım sebeplerle alacak miktarından indirim yapılması şeklinde tanımlanabilir<sup>59</sup>. Bir başka tanıma göre ise mahsup, “*bir alacağı doğuran olaylarla ilgili olarak*

<sup>53</sup> Honsell, s. 514, Rdn. 19; Ayan, s. 419.

<sup>54</sup> Honsell, s. 515, Rdn. 23; Eren, s. 1416 vd.; Aral, s. 102 vd.; Ayan, s. 420 vd.

<sup>55</sup> Bucher, s. 440; Schwenger, s. 520, Rdn. 77.22; Eren, s. 1416; Aral, s. 103.

<sup>56</sup> Aral, s. 103.

<sup>57</sup> Schwenger, s. 518 vd.

<sup>58</sup> Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 766.

<sup>59</sup> Becker, s. 99, Rdn. 6; Schwenger, s. 522, Rdn. 78.06; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 1013; Oğuzman / Öz, s. 599; Hatemi / Gökyayla, s. 313, N.: 7;

*alacaklının elde ettiği bazı menfaatlerin ya da borçlunun katlandığı bazı külfetlerin bu alacaktan indirilmesi*”ni ifade etmektedir<sup>60</sup>.

Mahsup, alacağın hesaplanmasına ait bir itirazdır<sup>61</sup>. Bu itirazı ileri sürme hakkı yalnız borçluya ait değildir. Mahsup itirazını, alacak miktarının indirilmesinde menfaati olan her şahıs dile getirebilir<sup>62</sup>. Ayrıca mahsupta, mahsup hakkına sahip olan tarafın, bu hakkını, karşı taraf alacağını kendisinden talep etmedikçe ileri süremeyeceği ifade edilmektedir<sup>63</sup>.

### C. Takas ve Mahsup Kavramlarının Ayırt Edilmesi

Takas ve mahsup kavramlarına ilişkin genel açıklamalara yukarıda yer verdikten sonra, uygulamada yanlış bir şekilde birbirleri yerine kullanılan<sup>64</sup>, her iki kavramın ayırt edilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Takas ve mahsup kavramları arasındaki farklılıklar şöyle açıklanabilir:

Takasta iki farklı borç ya da alacak söz konusudur. Bunlar takas alacağı ve bu alacağın karşı alacağı niteliğindeki esas alacak şeklinde ifade edilebilir. Mahsupta ise tek bir borç ilişkisi söz konusudur. Mahsupta bir karşı alacağın varlığından bahsetmek mümkün değildir<sup>65</sup>.

Takas hakkına sahip olan her iki taraf da takas beyanında bulunabilir. Ancak mahsup talebinde bulunan taraf, genellikle borçludur<sup>66</sup>.

Takasa konu alacakların konusu aynı cins edimler olmalıdır. Mahsupta ise, para ile değerlendirilebilir olmak kaydıyla, her türlü aynı veya nakdi kazanımlar indirimine konu olabilir<sup>67</sup>.

Takasın söz konusu olabilmesi için, takas alacağının muaccel olması gerekmektedir. Takasta tarafların borçları henüz ifa edilmemiştir. Mahsupta ise, ifa edilmiş olsun ya da olmasın, mahsup talebinde bulunulabilir<sup>68</sup>.

<sup>60</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 1013. Aynı yönde, Yılmaz, Ejder. “Davada Takas ve Mahsup Talebi”, *Makaleler (1973-2013) 2. Cilt*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 1830; Develioğlu, s. 21-22.

<sup>61</sup> Schwenzer, s. 522, Rdn. 78.06; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 1013; Oğuzman / Öz, s. 599; ARAL, s. 24; Hatemi / Gökyayla, s. 313, N.: 7; Yılmaz, *Takas*, s. 1833; Develioğlu, s. 23.

<sup>62</sup> Oğuzman / Öz, s. 599; Çuhacı, s. 166.

<sup>63</sup> Feyzioğlu, Necmettin. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 481 (naklen, Çuhacı, s. 165).

<sup>64</sup> YHGK, T. 24.5.1950, E. 74, K. 31: “... mahsup, ... takas değildir. Medeni Kanunla Borçlar Kanununun bazı maddelerinde mevzubahis mahsup müessesesi takastan tamamiyle ayrı mahiyeti haizdir.” Karar metni için, bkz. Çuhacı, s. 165.

<sup>65</sup> Çuhacı, s. 166; Hatemi / Gökyayla, s. 313, N.: 7; Yılmaz, *Takas*, s. 1830; Develioğlu, s. 23. YHGK, T. 24.5.1950, E. 74, K. 31: “Mahsupta yekdiğerinden ayrı ve müstakil iki alacak yoktur. ... Mahsupta hiçbir zaman iki alacak mevzubahis olmayıp bir tarafın alacağının, ... bir indirmeye tabi tutulması mevzubahistir. Takasta ise yekdiğerinden tamamen ayrı ve müstakil karşılıklı iki alacak vardır. Bu alacak sahiplerinden her biri takas dermeyen edebileceği gibi, bu yola gitmeksizin alacaklarını ayrıca da isteyebilirler.”; YHGK, T. 2.7.1980, E. 78/15-742, K. 2112: “Karşılıklı iki alacağı ifade eden takasa karşı, mahsupta ise alacağın miktarına tesir eden, onu azaltan şartlar söz konusudur. Mahsup, iddiasının tutarı çoğu zaman talep edilen alacaktan az olduğundan, karşılıklı dava açmadan mahsup iddiasında bulunmakla yetinmek mümkündür.” Karar metinleri için, bkz. Çuhacı, s. 165-166.

<sup>66</sup> Develioğlu, s. 23.

<sup>67</sup> Çuhacı, s. 166.

<sup>68</sup> Çuhacı, s. 166.

Takasın söz konusu olduğu hallerde, esas alacak ile takas alacağı arasında bir bağ bulunmamakta, bulunması gerekmemektedir. Mahsupta ise, kazanımların borç ilişkisinden indirilebilmesi için, kazanım ile alacak arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir<sup>69</sup>.

Takas, hukuki niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır. Borç ifa edildikten sonra artık takas talebinde bulunulamaz. Yenilik doğuran bir hak olmayan mahsupta ise, borç ifa edilmiş olsa bile sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak kazanımlar geri istenebilir<sup>70</sup>.

Takasın hüküm ve sonuçlarını doğurması, takas beyanının muhataba ulaşmasına bağlıdır. Mahsupta ise alacak miktarının kesinleşmesi, mahkemenin kararına bağlıdır<sup>71</sup>.

## II. MEVDUAT ve MEVDUAT HESABI KAVRAMLARI

### A. Tanım

Mevduatın tanımı 5411 sayılı Bankacılık Kanunu<sup>72</sup> m. 3'te yapılmıştır. Buna göre mevduat, “yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivazsız veya bir ivaz karşılığında, istendiğinde ya da belli bir vadede geri ödenmek üzere kabul edilen parayı” ifade eder. BankK m. 60/I'de ise mevduat kabul etmeye yetkili makamlar “Kredi kuruluşları<sup>73</sup> ile özel kanunlarına göre yetkili olanlar dışında hiçbir gerçek veya tüzel kişi, aslen veya fer'an meslek edinerek mevduat veya katılım fonu kabul edemez, ticaret unvanları ve kamuya yapacakları açıklamalar ile ilân ve reklamlarında bu izlenimi yaratacak ifade ve deyimleri kullanamaz.” şeklinde belirtilerek, mevduat kabul etmeye yetkili olmayan makamlara yatırılan paraların mevduat niteliğine sahip olmadığı vurgulanmıştır. Anılan bu iki düzenleme mevduat kavramının unsurlarını içermesi bakımından önemlidir<sup>74</sup>. Sözü edilen düzenlemelerden yola çıkılarak mevduatın unsurları; mevduat konusu bir miktar para, bu paranın mevduat kabul etmeye yetkili makamlara yatırılması, yatırılan paranın banka tarafından mevduat sahibine geri ödenmesi şeklinde sıralanabilir<sup>75</sup>.

<sup>69</sup> Çuhacı, s. 167; Develioğlu, s. 25-26.

<sup>70</sup> Çuhacı, s. 167; Yılmaz, *Takas*, s. 1833. YHGK, T. 24.5.1950, E. 74, K. 31: “*Takas dermeyan eden taraf hem kendi alacağını, hem de kendi alacaklısının alacağını sukut ettirmekle her iki alacak üzerinde tasarruf etmiş olur. Bu mahiyeti itibariyle takas bir inşai haktır. Mahsup ise ne bir inşai hak ve ne de bir def'i olmayıp bir itirazdır.*”. Karar metni için, bkz. Çuhacı, s. 165-166.

<sup>71</sup> Çuhacı, s. 166-167; Hatemi / Gökyayla, s. 313, N.: 7; Develioğlu, s. 26.

<sup>72</sup> RG, T. 1/11/2005 S.: 25983.

<sup>73</sup> Bankacılık Kanunu m. 3'e göre kredi kuruluşları, mevduat bankaları ve katılım bankalarını ifade eder. Bankacılık Kanunu m. 3'e göre mevduat kabulü mevduat bankalarına tanınmış bir yetkidir. Anılan düzenlemeden mevduat bankasının “*kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek*” üzere faaliyet göstereceği açıkça ifade edilmektedir. Bu Kanuna göre katılım bankalarına ise mevduat kabul etme yetkisi tanınmamıştır. Aynı yönde açıklamalar için, bkz. Akgün, Aliye. *Mevduat Sözleşmeleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 27.

<sup>74</sup> Tekinalp, Ünal. *Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları*, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2009, s. 431, N.: 38-07.

<sup>75</sup> Tekinalp, s. 430, N.: 38-06; Reisoğlu, Seza. *Bankacılık Kanunu Şerhi, Cilt I – Genel Bölüm ve Madde 1-64*, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2015, s. 264; Konuralp, Haluk. “Banka Tasarruf Mevduatının Hukuki Niteliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.:1, 1980, s. 15; Çeker, Mustafa. *Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı*, Karahan Kitabevi, Adana 2004, s. 21-24; Şener, Oruç Hami. *Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği*, Yetkin Yayınları, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2019, s.



Mevduat kavramına ilişkin doktrinde de çeşitli tanımlar yapılmaktadır. Mevduat kavramı açısından belirli bir miktar paranın bankaya yatırılması ve bankanın parayı mislen iade etme yükümlülüğü son derece önemli hususlardır<sup>76</sup>. Nitekim bir tanımda, “*kişilerin ellerinde tuttıkları paraları bankaya yatırması*”nın mevduat kavramını ifade ettiği dile getirilmektedir<sup>77</sup>. Bir başka tanıma göre ise mevduat, “*kişilerin banka ile yapmış olduğu sözleşme çerçevesinde istenildiği zaman ve belirli bir vade sonunda çekilmek üzere bankaya para yatırması işlemidir*”<sup>78</sup>. Mevduatı “*istenildiği zaman veya belirli bir vade sonunda geri alınmak üzere gerçek ya da tüzel kişiler tarafından bankaya yatırılan Türk Lirası veya yabancı paralar*”<sup>79</sup> şeklinde tanımlayan yazarlar da mevcuttur.

BankK’da mevduat hesabına ilişkin bir tanım ise bulunmamaktadır. Doktrinde mevduat hesabı, “*banka ile müşteri arasındaki sözleşmeye dayalı olarak açılan hesap*”<sup>80</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Diğer bir tanımda ise mevduat hesabının “*müşteriler tarafından bankaya yatırılan paranın kaydına ve izlenmesine yarayan hesaplar*”<sup>81</sup> olduğu belirtilmektedir.

## B. Hukuki Nitelik

Mevduatın hukuki niteliği tartışmalıdır. Ancak mevduatın takas edilip edilemeyeceği yönünde bir kanaate ulaşabilmek için, hukuki niteliğinin tespiti gerekmektedir<sup>82</sup>.

Bir görüşe göre mevduat sözleşmesi, ödünç sözleşmesi olarak nitelendirilir. Bu görüş kabul edilirse, ödünç sözleşmesinin tüketim ödünç<sup>83</sup> (karz) niteliğine sahip olduğu söylenebilir<sup>84</sup>. Nitekim tüketim ödünç sözleşmesinin düzenlendiği TBK m. 386’da “*Tüketim ödünç sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.*” hükmü yer almaktadır. Kullanım ödünçünde ise, ödünç alınan şeyin aynen geri verilmesi esastır (TBK m. 379). Mevduat sözleşmesinin ödünç sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin gerekçeleri arasında; ödünç alanın, ödünç verenin alacağı ile kendi alacağını takas edebilme imkanına sahip olması, mevduat olarak

17 vd.; Akgün, s. 26 vd.; Koç, Elif. *Zamanaşımına Uğramış Mevduat Alacakları*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 9.

<sup>76</sup> Tekinalp, s. 430, N.: 38-06; Reisoğlu, Şerh, s. 264; Yüksel, Ali Sait. *Bankacılık Hukuku ve İşletmesi*, 7. Bası, Marmara Üniversitesi Nihad Sayar Eğitim Vakfı Yayınları, İstanbul 1992, s. 140.

<sup>77</sup> Önder, Fahrettin. “Banka Hukukunda Tasarruf Mevduatı Sözleşmesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Y.:2003, C.:8, S.:1, s. 91.

<sup>78</sup> Çeker, s. 12.

<sup>79</sup> Konuralp, s. 14; Pehlivan, Pınar / Yurtsever, Hatice. *Türk Bankacılık Sektörü ve Mali Yükümlülükleri*, Legal Yayıncılık, Ankara 2016, s. 57. Benzer bir tanım için, bkz. Akgün, s. 26.

<sup>80</sup> Çeker, s. 12.

<sup>81</sup> Pehlivan / Yurtsever, s. 57.

<sup>82</sup> Tekinalp, s. 434, N.: 38-13; Yüksel, s. 140; Toplaoğlu, Mustafa. “Banka Mevduatı Üzerinde Takas ve Hapis Hakkı”, *Adana Barosu Bülteni*, Y.:4, S.:11, (Mart-Nisan) 2004, s. 2; Koç, s. 18.

<sup>83</sup> Tüketim ödünç sözleşmesi hakkında bkz. Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/2, 4. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 298 vd.; Kurt, Ekrem. *Tüketim Ödünç Sözleşmesi (Karz Akdi)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 35 vd.; Özbay, Ümit Vefa. *Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketim Ödünç (Karz) Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 79 vd.; Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 345 vd.

<sup>84</sup> Çeker, s. 29; Yüksel, s. 129; Taşdelen, Servet. *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 708.

toplanan paranın işletilmesi ve ödünç veren tarafından faiz talebinde bulunulabilmesi gösterilmektedir<sup>85</sup>.

Bir başka görüşe göre ise, mevduat sözleşmesi hukuki niteliği itibariyle, saklama (vedia) sözleşmesi olarak nitelendirilebilir<sup>86</sup>. Ancak mevduat hesabına yatırılan paranın aynen değil mislen iadesi söz konusu olacağından, buradaki saklamanın usulsüz tevdi<sup>87</sup> niteliğine sahip olduğu ifade edilmektedir<sup>88</sup>. TBK m. 570’de “*Misli Şeylerin Saklanması*” kenar başlığı altında düzenlenen usulsüz tevdi, saklama amacına yönelik bir sözleşme olup, bir miktar para veya misli eşyanın güvenli bir yerde saklanması ve istenildiğinde mislen iadesi borcunu doğuran bir sözleşmedir. Saklanacak eşyanın mislen iade edilmesi gerekliliği, saklama sözleşmesini tüketim ödünç sözleşmesine yaklaştırmaktadır<sup>89</sup>. Mevduatı usulsüz tevdi olarak kabul eden görüş gerekçelerini şu şekilde belirtmektedir: Usulsüz tevdi saklama amacı güder. Diğer yandan saklayanın takas hakkı mevcut değildir. Sözleşmede öngörülmemişse, hesap sahibinin faiz talep etmesi de mümkün değildir<sup>90</sup>.

Mevduatın hukuki niteliğini belirlerken vadeli – vadesiz mevduat ayrımı yapmayı uygun gören bir başka görüşe göre; vadeli mevduat tüketim ödünç, vadesiz mevduat ise usulsüz tevdi niteliğini haizdir<sup>91</sup>. Bununla birlikte bu görüş, mevduat ilişkisine vekalet akdine ilişkin hükümlerin de uygulanması gerektiğini ifade etmektedir<sup>92</sup>.

Doktrinde mevduatın karma sözleşme niteliğine sahip olduğu<sup>93</sup> dile getirilmişse de, bu görüş; mevduat ilişkisinde, vediaanın saklama unsurunun, tüketim ödünç sözleşmesinin ödünç bırakma unsurunun, vekalet sözleşmesinin ise iş görme unsurunun bir araya getirilerek yeni bir sözleşme yapısı oluşturmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>94</sup>. Nitekim mevduat ilişkisinde tarafların iradesi adı geçen sözleşme tiplerine ait unsurların farklı bir biçimde bir araya getirilmesi suretiyle sonuç doğurmaktadır.

<sup>85</sup> Çeker, s. 25; Koç, s. 20-21.

<sup>86</sup> YHGK, T. 2.11.1983, E. 1980/11-2802, K. 1983/1047: “... Davacı, davalı bankaya yatırdığı paranın davalı tarafından ödenmemesi gereken kimseye ödeme yapmak suretiyle kendisini zarara uğrattığından söz ederek bu zararın tazminini dava etmiştir. Davacı ile davalının yatırdığı parayı kabul eden banka arasındaki hukuki ilişki vedia akdine dayanmaktadır.” Karar metni için, bkz. Bilgen, Mahmut. *Banka Hukukunda Sözleşmeler, Uyuşmazlıklar, Hukuki Sorumluluk*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 229-230.

<sup>87</sup> TBK’da usulsüz tevdi kavramı yerine “misli şeylerin saklanması” başlığı tercih edilmiştir. Çalışmada usulsüz tevdi kavramı tercih edilmiştir. Usulsüz tevdi hakkında, Aral / Ayrancı, s. 349; Tiftik, Mustafa. *Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 79 vd.; Yener, Mehmet Deniz. *Vedia Sözleşmesi*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 22 vd.; Gümüş, Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 286-289.

<sup>88</sup> Tandoğan, s. 329; Yüksel, s. 140; Reisoğlu, Şerh, s. 267; Topaloğlu, s. 2; Yener, s. 23; Gümüş, s. 286.

<sup>89</sup> Tandoğan, s. 326; Aral / Ayrancı, s. 350; Gümüş, s. 288; Koç, s. 21.

<sup>90</sup> Bu hususta bkz., Tiftik, s. 115-116; Çeker, s. 27.

<sup>91</sup> Tekinalp, s. 437, N.: 38-18; Şener, s. 76; Akgün, s. 82.

<sup>92</sup> Tekinalp, s. 438, N.: 38-20 vd.; Şener, s. 81.

<sup>93</sup> Konuralp, s. 19; Tiftik, s. 130; Yüksel, s. 141; Tekinalp, Ünal. *Banka Hukukunun Esasları*, İstanbul 1988, s. 313 (naklen, Çeker, s. 28).

<sup>94</sup> Çeker, s. 30.

Doktrinde hakim olan ve Yargıtay'ın son kararlarında da benimsenen görüşe göre ise, mevduat sözleşmesi, kendine özgü bir sözleşme niteliği taşımaktadır<sup>95</sup>. Reisoğlu mevduatın kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğunu kabul etmekle birlikte, tüketim ödünç sözleşmesine (karz akdine) daha çok yaklaştığını ifade etmektedir<sup>96</sup>. Yargıtay'ın da bu yönde kararları da mevcuttur<sup>97</sup>. Çeker ise, mevduat sözleşmesini kendine özgü bir sözleşme olarak nitelendirirken, mevduat sözleşmesinin bankaya yatırılan paranın saklanması, yönetilmesi ve gelir kazanması amaçlarını taşıyan bir sözleşme olduğunu ifade etmektedir<sup>98</sup>.

Kanaatimizce, mevduatın hukuki niteliği itibarıyla kendine özgü bir sözleşme niteliğine sahip olduğunu kabul etmek doğru olur. Nitekim mevduata konu bankaya yatırılan paranın banka tarafından mislen iadesi gerekmektedir. Mislen iade hem tüketim ödünç sözleşmesi hem usulsüz tevdimin bir gereğidir. Mevduat hesabındaki paranın misliyle iadesi, mevduat sahibinin talep etmesi şartıyla, her zaman mümkündür. Bu yönüyle mevduat, usulsüz tevdimin özelliklerini taşımaktadır. Diğer yandan bankanın kendi alacağı için kişinin mevduat hesabından takas yapabilmesi imkanı ancak tüketim ödünçünde mümkündür. Usulsüz tevdi bankanın parayı kullanma imkanı kabul edilmemekte olup, bu husus ancak ödünç sözleşmesi bakımından söz konusu olabilir<sup>99</sup>. Görülmektedir ki mevduat, tüketim ödünç ve usulsüz tevdimin bazı özelliklerini bünyesinden barındıran bir niteliğe sahiptir. Bu sebeptendir ki, hukuki niteliği itibarıyla mevduatı kendine özgü bir sözleşme olarak kabul etmek gerekmektedir.

<sup>95</sup> Reisoğlu, *Şerh*, s. 268; Çeker, s. 31; Önder, s. 97-98. Yarg. 11. HD., T. 7.4.2011, E. 2011/4009, K. 2011/4021: “Dava, davalı banka nezdinde açılmış olan hesapta bulunan paranın davacının bilgisi ve izni dışında internet yolu ile yapılan işlemler sonucu çekilmesi suretiyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Bankalar kendilerine yatırılan paraları mudilere istendiğinde veya belli bir vadede aynı veya misli olarak iade etmekle yükümlüdür. Bu tanımlamaya göre mevduat, ödünç ile usulsüz tevdi sözleşmelerinin niteliklerini taşıyan kendine özgü bir sözleşmedir.” Aynı yönde, Yarg. 11. HD., T. 17.5.2011, E. 2009/13462, K. 2011/6046; Yarg. 11. HD., T. 25.10.2010, E. 2009/4609, K. 2010/10691; Yarg. 11. HD., T. 10.3.2003, E. 2002/9647, K. 2003/2110; Yarg. 11. HD., T. 24.02.2009, E. 2007/7339, K. 2009/2075 (Karar metni için, bkz. BİLGİN, s. 227); YHGK, T. 15.6.1994, E. 1994/11-178, K. 1994/398 (Karar metni için, bkz. BİLGİN, s. 228-229).

<sup>96</sup> Bu hususta, bkz. Reisoğlu, *Şerh*, s. 268.

<sup>97</sup> YHGK, T. 9.2.2005, E. 2005/11-20, K. 2005/34: “Dava, mevduat sözleşmesinden doğan alacak istemine ilişkindir. Mevduat sözleşmesi, ağırlıklı olarak esas itibarıyla belli oranda faiz elde etme amacına yöneldiği için ödünç sözleşmesine daha çok yaklaşan, ancak güvenilir bir kurumda parayı muhafaza etme düşüncesi ile vedia sözleşmesini hatırlatan kendine özgü bir sözleşme tipidir. Mevduata uygulanacak hükümler, ancak kıyas yolu ile ve niteliği uygun düştüğü ölçüde ödünç sözleşmesi hükümleri ve istisnai hallerde vedia sözleşmesi hükümleri olacaktır.”; Yarg. 12. HD., T. 29.04.2004, E. 6537, K. 10591: “mevduat yatırma ağırlıklı olarak esas itibarıyla belli oranda faiz elde etme amacına yöneldiği için karz akdine daha çok yaklaşan, ancak güvenilir bir kurumda parayı muhafaza etme fikri ile vedia akdini hatırlatan kendine özgü bir akit tipidir.” Karar metni için, bkz. Çeker, s. 30. Aynı yönde, Yarg. 11. HD., T. 9.2.2004, E. 2003/6407, K. 2004/1027; Yarg. 12. HD., T. 16.2.2001, E. 2001/1313, K. 2001/2890.

<sup>98</sup> Çeker, s. 32.

<sup>99</sup> Çeker, s. 29-30; Önder, s. 97-98.

### III. BANKANIN TAKAS veya MAHSUP YETKİSİ

#### A. Bankanın Takas Yetkisi

##### 1. Genel Olarak

Bankanın mevduat hesapları üzerinde takas yetkisine sahip olup olmadığı sorusu 4389 sayılı Bankalar Kanunu<sup>100</sup> döneminde mevduatın hukuki niteliği tespit edilmek suretiyle cevaplanabilen bir meseleydi<sup>101</sup>. Bu kapsamda mevduatı tüketim öduncü niteliğinde kabul edenler<sup>102</sup> takas yetkisinin varlığını kabul ederken, usulsüz tevdi niteliğini kabul edenlerse<sup>103</sup> takas yetkisinin söz konusu olmadığını benimsemişti<sup>104</sup>. Bankanın mevduat hesapları üzerinde takas yetkisine sahip olup olmadığı meselesiyle ilgili eBankK’da ise bir düzenleme mevcut değildi.

BankK m. 61 ile bankanın takas yetkisine sahip olduğu, hükmün takasa atıf yapan lafzından anlaşılmaktadır. “Mevduatın ve katılım fonunun çekilmesi” başlığı altında yer alan bu hükümde, “4721 sayılı Türk Medenî Kanununun rehinlere ve hapis hakkına, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun alacağın devir ve temlikine, takasa dair hükümleri ile diğer kanunların verdiği yetkiler ve koyduğu yükümlülükler saklı kalmak şartıyla mevduat ve katılım fonu sahiplerine ödenmesi gereken tutarları geri alma hakları hiçbir suretle sınırlandırılmaz. Mevduat veya katılma hesabı sahipleri ile kredi kuruluşları arasında vade ve ihbar süresi hakkında kararlaştırılan şartlar saklıdır.” düzenlemesi yer almaktadır. Söz konusu düzenleme mevduat sahibinin yetkileri ve bu yetkinin istisnalarını düzenlemektedir. Bankanın takas hakkını kullanması da, esasen, bu istisnalardan biri mahiyetindedir<sup>105</sup>. Bu madde esasen eBankK m. 10/III’ün karşılığıdır. eBankK m. 10/III’te yer alan düzenleme, “17/2/1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin rehinlere ve 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun alacağın devir ve temlikine ilişkin hükümleri ile diğer kanunların verdiği yetkiler ve koyduğu yükümlülükler saklı kalmak şartıyla, mevduat sahiplerinin mevduatlarını geri alma hakları hiç bir suretle sınırlandırılmaz. Mevduat sahibi ile banka arasında vade ve ihbar süresi hakkında kararlaştırılan şartlar saklıdır.” şeklindedir. Aynı yönde bir düzenleme, bankalarda mevduat ve katılım fonuna ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla çıkarılan “Mevduat ve Katılım Fonunun Kabulüne, Çekilmesine ve Zamanaşımına Uğrayan Mevduat, Katılım Fonu, Emanet ve Alacaklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”<sup>106</sup> m. 5’te de mevcuttur. BankK m. 61 ile eBankK m. 10/III karşılaştırıldığında görülecektir ki, eski düzenlemede yer almayan takasa ilişkin atıf yeni düzenlemede kanundaki yerini almıştır. Kanaatimizce, takasa ilişkin genel hükümlere yapılan bu atıf, bankanın mevduat hesabı üzerindeki takas yetkisi bakımından, son derece isabetli olmuştur.

<sup>100</sup> RG, T. 23.6.1999, S.: 23734.

<sup>101</sup> Mevduatın hukuki niteliğinin usulsüz tevdi olması sebebiyle bankanın takas yetkisine sahip olmadığı hususunda, Topaloğlu, s. 2. Bankanın takas yetkisine sahip olduğu yönünde, Tekinalp, s. 247.

<sup>102</sup> Çeker, s. 29; Yüksel, s. 129; Taşdelen, s. 708.

<sup>103</sup> Tandoğan, s. 329; Yüksel, s. 140; Reisoğlu, Şerh, s. 267; Topaloğlu, s. 2; Yener, s. 23; Gümüş, s. 286.

<sup>104</sup> Mevduatı hukuki niteliği itibarıyla usulsüz tevdi sayıp takas yasağına tabi tutulmasının mümkün olmadığı yönünde, Tiftik, s. 152.

<sup>105</sup> Tekinalp, s. 247.

<sup>106</sup> RG, T. 01.11.2006, S.: 26333.

## 2. Bankanın Takas Yetkisinin Kaynağı

### a. Kanundan Doğan Takas Yetkisi

Bankanın takas yetkisine sahip olduğu BankK m. 61’de ifade edilmiş ve bu konuda TBK’nın takasa ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre, banka muaccel alacağı için mevduat sahibinin mevduat hesabındaki parayı tek taraflı irade beyanı ile takas etmek hakkına sahiptir (TBK m. 139). Bunun için banka ile mevduat sahibi arasında takas hakkının bulunduğu ilişkin bir sözleşmenin bulunması da gerekmemektedir<sup>107</sup>. Buradaki takas yetkisi, kanundan doğmaktadır.

Yenilik doğuran bir hak niteliğindeki takas beyanının geçerliliği, karşı tarafın (mevduat sahibinin) muvafakatine tabi değildir. Diğer yandan TBK m. 144’te “*tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar*”ın takas hakkının doğumundan sonra ancak alacaklının rızasıyla takas edilebileceği hususu düzenlenmiştir. Burada tartışılması gereken mesele, mevduat hesabındaki paranın TBK m. 144’teki tevdi edilmiş eşya veya bedeli olup olmadığıdır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bankaya yatırılan mevduat, mevduat sahibinin bankaya saklanması amacıyla tevdi ettiği bir miktar paradan oluşmaktadır. Mevduat, mevduat sahibi açısından aynen değil mislen iade edilmesi gereken bir alacaktır. Bu sebeple, kanaatimizce, mevduatın TBK m. 144’te ifade edilen “*tevdi edilmiş eşya*” niteliğine sahip olmadığı söylenebilir. Mevduat “*tevdi edilmiş eşyanın bedeli*” olarak değerlendirilebilir. Burada mislen iade söz konusudur. Belirtmek gerekir ki, buradaki “*bedel*” kavramından bir şeyin karşılığını oluşturan meblağ anlamı çıkarmak gerekir. “*Fiyat*” anlamındaki bedelin, mevduat ilişkisinin karşılığını oluşturması düşünülemez. TBK m. 144’ün eBK’deki karşılığını oluşturan m. 123’te “*tevdi edilmiş bir şeyin iadesine ilişkin alacaklar*”ın takası hususunda alacaklının muvafakati aranmaktaydı. eBK m. 123’te “*tevdi edilmiş eşyanın bedeline ilişkin alacaklar*” hükmü yer almamaktaydı. Bu sebeple anılan düzenleme, bankanın takas yetkisinin istisnalarından biri olarak değerlendirilmekteydi<sup>108</sup>. TBK m. 144 ile eBK m. 123 arasında, bankanın takas yetkisinin alacaklının onayına tabi olması bakımından, bir farklılık bulunmamaktadır. Mevduat ister “*tevdi edilmiş bir eşyanın iadesi*” ister “*tevdi edilmiş bir eşyanın bedeli*” olarak kabul edilsin, takasa konu olabilmesi için, alacaklının muvafakati aranmalıdır. Dolayısıyla burada şöyle bir sonuca ulaşmak mümkündür: Bankanın takas yetkisi kanundan doğmakla birlikte, TBK m. 144 hükmü karşısında, bu yetkinin mevduat sahibinin rızasıyla kullanılabilmesi gerekmektedir.

### b. Sözleşmeden Doğan Takas Yetkisi

BankK m. 61’in takasa ilişkin genel hükümlere atıf yapan düzenlemesi karşısında, artık bankanın takas yetkisinin kanundan doğduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ancak bankanın kanundan dolayı var olan takas yetkisini kullanması için, birtakım zorunlulukların yerine getirilmesi söz konusu olabilir. Bu zorunluluk, TBK m. 144’te ifade edilen ve alacaklının bankanın takas yetkisi hususunda vereceği rızadan başka bir şey değildir. Madde metninde, aranacak rızanın takas hakkının doğumundan sonra verileceği açıkça ifade edilmektedir. Bu düzenlemenin anlamı, bankanın takas hakkının doğması (varlığı) için mevduat sahibinin rızasının gerekmediği, ancak bu yetkinin kullanılması için mevduat sahibinin rızasına ihtiyaç duyulduğudur. Yargıtay, güncel bir

<sup>107</sup> Reisoğlu, *Şerh*, s. 1255-1256; Çeker, s. 177.

<sup>108</sup> Çeker, s. 178.



kararında takas hakkının borcun muaccel olması halinde doğacağını dile getirmiş; ancak takas yetkisinin banka ile yapılan kredi sözleşmesiyle bankaya verildiği yönünde, bize göre hatalı bir karar vermiştir<sup>109</sup>.

Banka ile mevduat sahibi, aralarında yapacakları bir sözleşmeyle, TBK'nın takasa ilişkin hükümlerinin aksine ya da bu hükümleri değiştirici nitelikte hükümler kararlaştırabilir. Nitekim uygulamada bankalar, mevduat sahibi ile yaptıkları mevduat sözleşmesine, alacakları muaccel olsun ya da olmasın, mevduat sahibinin alacakları ile kendi alacaklarını takas edebilecekleri yönünde hükümler koymaktadır<sup>110</sup>.

### 3. Türk Lirası Borcu ile Yabancı Para Borcunun Takası Meselesi

Mevduat hesabına yatırılan paranın TL cinsinden olması şart değildir. Mevduat hesabının konusunu oluşturan para TL cinsinden olabileceği gibi yabancı para cinsinden de olabilir. TL borcu ile yabancı para borcunun takas edilip edilemeyeceği ise tartışmalıdır. Nitekim para birimi aynı ise bu borçlar takasa konu olabilmesi açısından aynı cins, bir başka ifadeyle özdeş, sayılır<sup>111</sup>.

Mevduat hesabındaki para yabancı paraysa takasa konu olup olamayacağı meselesi üzerinde durmak gerekmektedir. Doktrinde yabancı paranın aynen ödenmesi şart olduğundan, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, TL cinsinden bir borçla takas edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir<sup>112</sup>. Diğer yandan aynen ödeme kaydını içeren yabancı para borcu ile TL borcunun takas edilip edilemeyeceği tartışmalıdır<sup>113</sup>. Burada banka ile mevduat sahibi arasındaki sözleşmede aynen ödeme kaydına yer verilmişse, yabancı para borcunun TL borcu ile takas edilememesi gerekmektedir<sup>114</sup>. Bu sonucun dayanağı, TBK m. 99/II'un "*Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir.*" şeklindeki düzenleme olabilir. Nitekim anılan düzenlemede "*aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça*" borcun ülke parasıyla ödeneceği belirtilmektedir.

Diğer bir tartışma ise, mevduat hesabındaki paranın TL cinsinden, borcun ise yabancı para borcu cinsinden olması durumudur. Mevduat hesabındaki paranın TL cinsinden olması durumunda, yabancı para borcunun TL borcu ile takas edilmesi mümkün müdür? Bu soruya olumlu yanıt vermek gerekmektedir. Yabancı para borcunun, kural olarak, aynen ödenmesi şart değildir<sup>115</sup>. Bu husus TBK m. 99/III hükmünün bir sonucu olabilir. Anılan hükümde, "*Ülke parası*

<sup>109</sup> Yarg. 13. HD., T. 06.02.2013, E. 2012/4976, K. 2013/2571: "*Taraflar arasında imzalanan kredi sözleşmesi ile davacının davalı bankadan kullandığı kredinin teminatı olarak sözleşmenin 9. maddesiyle banka nezdinde bulunan tüm alacakları, mevduat ve bloke hesapları üzerinde hapis, mahsup ve takas etme yetkisini davalı bankaya verdiği açıktır. Banka bu yetkiyi davacının borcunu sözleşme şartlarına uygun olarak ödemediği takdirde kullanacaktır. ... Davacının bankadan aldığı kredi borcunu sözleşme şartlarına uygun olarak ödemesi gerekir. Ödememesi halinde kredi borcunun teminatı olarak bankaya sözleşmenin 9. maddesi gereğince yetki vermesinin haksız şart olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. ...*" Kararın tam metni için, bkz. Reisoğlu, Şerh, s. 1269-1270.

<sup>110</sup> Reisoğlu, Şerh, s. 1256.

<sup>111</sup> Aral, s. 61; Eren, s. 1413.

<sup>112</sup> Çeker, s. 177, dpn. 270.

<sup>113</sup> Eren, s. 1413.

<sup>114</sup> Kostakoğlu, Cengiz. *Bankalar Kanunu Şerhi*, 5. Bası, Beta Yayıncılık, Ankara 2004, s. 775.

<sup>115</sup> Çeker, s. 177.

dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir.” düzenlemesi yer almaktadır. Görülmektedir ki, burada alacaklı, borcun ifasını TL cinsinden de isteyebilir.

Doktrinde, bizim de katıldığımız görüşe göre, farklı para birimlerinin takasa konu olup olamayacağı tartışmasının temel dayanağı, para borcunun bir cins borcu olup olmadığıdır<sup>116</sup>. Para borcu, bir “değer sağlama borcu” olup, cins borcu – parça borcu ayrımının burada söz konusu olmaması gerekir. Bu sebeptir ki para borçlarının, TL ya da yabancı para borcu olup olmadığına bakılmaksızın, takasa konu olabilmesi gerekir<sup>117</sup>. Bir diğer deyişle, esas fonksiyonu “değer sağlama” olan para takas bakımından aynı cins olarak değerlendirilmelidir<sup>118</sup>. Bu görüş aynen ödeme kaydı bulunması durumunda dahi, farklı para birimlerinin takas edilebileceğini savunmaktadır. Aynen ödeme kaydı bulunması durumunda, bu kaydın “ifanın konusu değil ifanın tarzına ilişkin bir husus olduğu” vurgulanmaktadır<sup>119</sup>. Ayrıca aynen ödeme kaydının ifa ile ilgili bir anlaşma olduğu, takasın ise ifa niteliğine sahip olmadığı da bu görüş kapsamında dile getirilen savunmalardan biridir.

#### 4. Kişisel Teminatların Varlığı Halinde Bankanın Takas Yetkisi

Banka ile mevduat sahibi arasında sözleşme kurulurken, kişisel teminatlardan da faydalanılması mümkündür. Bir kredi borcuna kefil olunması ya da borca katılma suretiyle kredi çekilmesi gibi durumlar bu teminatlara örnek olarak gösterilebilir.

Mevduat sahibinin kefil olması durumunda, banka, üçüncü kişinin borcundan dolayı kefilin mevduat hesabı üzerinde takas yetkisine sahip midir? Burada kefilin borcunun niteliği ve kefaletin ne tür bir teminat sağladığı tartışılmalıdır. Esas borcun niteliği ne olursa olsun, kefilin borcu daima bir para borcudur<sup>120</sup>. Para borcu olmasından dolayı, kefilin mevduat hesabındaki para da takasa konu olabilir. Kefaletin sağladığı teminat ise, asıl borcun ödenmemesi nedeniyle alacaklının uğrayacağı zararın karşılanmasıdır<sup>121</sup>. Dikkat edilecek olursa, kefalet asıl borcun ifa edilmesini sağlamaz<sup>122</sup>. Kefaletin teminat fonksiyonu, burada alacaklıya güvence verilmesi şeklinde kendisini gösterir. Kefilin borcunun para borcu olması ve sağladığı teminatın alacaklının uğrayacağı zararın karşılanması olması ve kefaletin fer’i bir sözleşme olması kefilin mevduat hesabının da takasa konu olabileceğini göstermektedir. Kanundan doğan bir takas yetkisine sahip olan banka, borçlu ile yaptığı sözleşmeye teminat olarak kefile başvurma hakkına sahiptir. Kefilin borçlu ile birlikte bankaya karşı olan, örneğin bir kredi borcu, çeşitli borçlar için imzaladığı sözleşmede bankanın takas yetkisine sahip olduğunun açıkça belirtilmesi de gerekmemektedir<sup>123</sup>. Burada kefilin

<sup>116</sup> Nomer, Haluk. “Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının BK 118/I Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbirleriyle Takas Edilebilirliği Problemi”, *İÜHFMD*, C.: LVII, S.: 1-2, Y.: 1999, s. 255.

<sup>117</sup> Nomer, *Takas*, s. 255; Nomer, *Genel Hükümler*, s. 320-321.

<sup>118</sup> Nomer, *Takas*, s. 255.

<sup>119</sup> Nomer, *Takas*, s. 256.

<sup>120</sup> Özen, Burak, *Kefalet Sözleşmesi*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 65-66.

<sup>121</sup> Özen, s. 65.

<sup>122</sup> Özen, s. 66.

<sup>123</sup> Karş. Çeker, s. 179.

sorumluluğu, kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktar ile sınırlıdır (TBK m. 583/I). Bankanın, borçlunun kendisine olan borcu tutarında kefilin mevduat hesabından takas yapmaması gerekir. Bankanın borçlunun borcu tutarında takas yapması durumunda, kefil, bankaya halef olarak borçluya rücu etme hakkına sahiptir (TBK m. 596).

Bankaya verilen teminatın borca katılma olması durumunda ise, durum farklıdır. Borca katılma, alacaklı (banka) ile borçlu arasındaki ilişkiye (mevduat ilişkisi) taraf olmayan bir üçüncü kişinin (borca katılan), borçlu yanında yer almak suretiyle, mevcut borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri üstlenerek, alacaklıya karşı ilk borçlu ile birlikte “yan yana”<sup>124</sup> durmak suretiyle sorumlu olduğu asli ve bağımsız bir borç ilişkisidir.<sup>125</sup> Borca katılmanın asıl borç ilişkisine bağlılığı, yalnızca kuruluş anı bakımındandır. Geçerli bir şekilde kurulan borca katılma, kurulduktan sonra asıl borç ilişkisinden bağımsız bir niteliğe bürünür<sup>126</sup>. Borca katılan, borçlu ile banka arasındaki mevduat sözleşmesine borca katılan sıfatıyla imza atsa dahi, katılma gerçekleşikten sonra bağımsız bir borç ilişkisi ortaya çıkacağından, bankanın borca katılanın mevduat hesabı üzerinde takas yetkisinin bulunmadığının kabulü gerekir. Ancak banka borca katılana, müteselsil borç ilişkisinden dolayı başvurarak alacağını tahsil etme yoluna gidebilir.

## 5. Maaş Hesabından Takas Yapılıp Yapılamayacağı Meselesi

Banka ile mevduat sahibi arasındaki sözleşmeden kaynaklanan mevduat hesabının maaş hesabı olması da mümkündür. Bu durumda maaş hesabından takasın söz konusu olabilmesi için, maaş hesabı sahibinin rızası gerekmektedir. TBK m. 144/III “*Nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar*”ın ancak alacaklının rızasıyla takas edilebileceğini açıkça düzenlemiştir. Doktrinde maaş hesabı sahibinin kefil olması durumunda ise, kefalet sözleşmesinde takas yetkisinin tanınması şartıyla, bankanın kefilin maaş hesabından takas yapabileceği ifade edilmektedir<sup>127</sup>.

## B. Bankanın Mahsup Yetkisi

### 1. Genel Olarak

Bankanın mevduat hesabındaki paradan mahsup yetkisi, sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi kanundan da doğabilir. Mahsup yetkisinin sözleşmeden doğması durumunda, bankanın mahsup yetkisinin sınırını sözleşmede belirtilen mahsup kalemleri oluşturmaktadır. Sözleşmede belirtilmeyen bir kalemin banka tarafından mahsup edilmemesi gerekir. Aksi halde, bankanın yaptığı mahsup işlemi, hukuka aykırı olur<sup>128</sup>.

Bankanın mevduat sözleşmesine koyduğu bir hükümlerle mahsup edebileceği kalemleri tek taraflı olarak belirlemesi söz konusu olabilir. Uygulamada mevduat sözleşmeleri tip sözleşme şeklinde düzenlenerek çok sayıda benzer işlemde kullanılmakta ve mevduat sahibine sözleşme hükümlerinin belirlenmesi hususunda bir yetki tanınmamaktadır. Böyle bir durumda, bankanın

<sup>124</sup> Edenfeld, Stephan. “Offene Fragen des Beitritts zur Dauerschuld”, *JZ*, Vol.:52, No.:21, 1992, s. 1035.

<sup>125</sup> Yıldız Portakal, Seda. *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Katılma*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 5.

<sup>126</sup> Yıldız Portakal, s. 14 vd., 135-136.

<sup>127</sup> Çeker, s. 179.

<sup>128</sup> Çeker, s. 179.

mahsup yetkisinin kabul edilebilmesi, bankanın mevduat sahibini açıkça bilgilendirmesi koşuluna bağlıdır<sup>129</sup>. Mevduat sahibi, durumun gereğinden söz konusu kalemlerin mevduat hesabından mahsup edilebileceği sonucuna ulaşamayabilir. Söz konusu bilgilendirmenin yapılmaması durumunda, sözleşmedeki mahsuba ilişkin hükümlerin yürürlük denetiminden geçememesi gerekmektedir. Ancak uygulamada bankaların mevduat sahibini bilgilendirdikleri gerekçesiyle yürürlük denetimini de kolayca geçebildikleri görülmektedir. Bu durumda mevduat sözleşmesinde yer alan hükmün içerik denetimine tabi tutulması gerekir<sup>130</sup>.

İçerik denetimi TBK m. 25'te “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*” hükmüyle düzenlenmiştir. TBK m. 25'te içerik denetimi için iki kriterin belirlendiği görülmektedir. Bu kriterler “*dürüstlük kuralına aykırı olma*” ve “*karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olma*”dır<sup>131</sup>. TBK m. 25, bu kriterlere aykırı olarak sözleşmeye hüküm konulamayacağını düzenlemekle birlikte, sözleşmeye hüküm konulması durumunda nasıl bir yaptırımla karşılaşılacağını düzenlememiştir. TBK m. 25'in emredici niteliği ve gerekçesi<sup>132</sup> dikkate alındığında, böyle bir sözleşme hükmünün kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı anlaşılmaktadır<sup>133</sup>.

Mevduat sahibinin genellikle tüketici olduğu düşünüldüğünde, konunun tüketici hukuku açısından da değerlendirilmesi ihtiyacı doğmaktadır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da genel işlem şartları düzenlenmemiş, tüketici işlemleriyle sınırlı olmak üzere “haksız şartlar” düzenlenmiştir<sup>134</sup>. Tüketicikle müzakere edilmeden veya tüketici aleyhine dürüstlük kurallarına aykırı olacak şekilde ve borç dağılımında önemli bir oransızlık meydana getirmek

<sup>129</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 162; Oğuzman / Öz, s. 170; Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir. *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 232 vd.; Hatemi / Gökyayla, s. 61, N.: 5; Eren, s. 235; Atamer, Yeşim. *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999, s.86 vd.; Reisoğlu, *Genel Hükümler*, s. 78; Kılıçoğlu, s. 129; Atamer, Yeşim M. “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55 f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011, s. 28; Yelmen, Adem. *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 85; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 273, N.: 880; Aydoğdu, Murat. *Genel İşlem Koşulları Şerhi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 162.

<sup>130</sup> İçerik denetiminin yapılabilmesi için söz konusu hükmün sırasıyla yürürlük ve yorum denetiminden geçmesi gerekir. Bu hususta, bkz. Eren, s. 242; Çınar, Ömer. *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 119; Ünal, Akın / Köroğlu, Emre. “Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 7, Sayı 13, 2019, s. 525; Aydoğdu, s. 136; Doğanç, Doğa Ekrem. *Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 298.

<sup>131</sup> İçerik denetiminde yararlanılabilecek diğer kriterler için, Eren, s. 242; Atamer, *Genel İşlem Şartları*, s. 146 vd.; Çınar, s. 124 vd.; Tiftik / Özcan, s. 48.

<sup>132</sup> TBK m. 25 madde gerekçesinden: “*Bu tür hükümlerin yaptırımı, Tasarımın 27'nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacaktır.*”

<sup>133</sup> Eren, s. 249; Atamer, *Genel İşlem Şartları*, s. 222 vd.; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 273; Tiftik, Mustafa / Özcan, Zeynep. “Türk Borçlar Kanunu'na Göre Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi”, *BATİDER*, C. 31, S. 1, 2015, s. 52; Ünal / Köroğlu, s. 528.

<sup>134</sup> Tiftik / Özcan, s. 50; Özcan / Türk, s. 1468.

suretiyle sözleşmeye konulan hüküm 6502 sayılı TKHK m. 5 kapsamında “haksız şart”<sup>135</sup> teşkil eder<sup>136</sup>. TKHK m. 5/II’de haksız şartın yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğu açıkça ifade edilmektedir. TKHK m. 5/VI<sup>137</sup> ve VII<sup>138</sup> hükümleri içerik denetimiyle ilgilidir.

Bankanın mevduat sözleşmesine koyduğu ve yürürlük denetiminden geçen mahsuba ilişkin hükmün dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmesi ve karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştıracak niteliğe sahip olması durumunda, ilgili hüküm kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşacaktır. Yukarıda açıklandığı üzere, kesin hükümsüzlük hem TBK hem TKHK hükümlerinde açıkça ifade edilmektedir.

## 2. Mahsuba Konu Olabilecek Bankacılık İşlemleri

### a. Hesap İşletim Ücreti

Hesap işletim ücreti, “bankanın müşteriye sunduğu para saklama ve bankacılık işlemleri yürütme hizmetinin karşılığı olarak bankalar tarafından vadesiz mevduat hesaplarından alınan bir ücrettir.”<sup>139</sup>. Hesap işletim ücretinin miktarı, genellikle banka tarafından tek yanlı olarak belirlenmekte olup; mevduat sözleşmesinde bu yönde herhangi bir düzenleme yer almaz<sup>140</sup>. Mevduat sözleşmesinin kurulması sırasında, mevduat sahibine hesap işletim ücreti tahsil edileceği hususunda bilgi verilmek suretiyle banka lehine mahsup yetkisi tanınabilir. Sözleşmede hesap işletim ücreti tahsil edileceği yönünde bir düzenleme bulunmaksızın yapılan mahsup işlemi ise hukuka aykırıdır<sup>141</sup>.

<sup>135</sup> Haksız şartın, genel işlem koşulları ile sınırlı bir kavram olmayıp genel işlem koşullarını da kapsayan genel bir ifade olduğu yönünde ve her iki kavram arasındaki farklar hakkında, Özcan, Zeynep/ Türk, Ali. “Yargıtay Kararları Eşliğinde Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartların Denetimi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1468-1470. Haksız şart kavramının genel işlem koşulları kavramından daha geniş kapsamlı olduğu yönünde, Çınar, s. 48.

<sup>136</sup> Çınar, s. 22-23; Özcan / Türk, s. 1468-1469.

<sup>137</sup> “Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.”

<sup>138</sup> “Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.”

<sup>139</sup> Çeker, s. 179.

<sup>140</sup> Çeker, s. 179. Ayrıca Y19HD, T. 21.01.2019, E. 2017/1552, K. 2019/264: “Mahkemece, toplanan deliller, yapılan yargılama ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, tüketiciden hesap işletim ücreti ile kredi kartı aidatı alınacağına ilişkin sözleşme hükümlerinin başlı başına haksız şart niteliğinde olmamakla birlikte bankacılık hizmet sözleşmesinde hesap işletim ücreti ile ilgili herhangi bir alt veya üst sınır belirlenmediği, hesap işletim ücretini belirleme yetkisinin tek taraflı olarak bankaya bırakıldığı, tüketiciden hesap işletim ücreti adı altında 110 TL kesinti yapıldığı, somut olayda ibraz edilen sözleşmenin 12 puntodan küçük ve okunaksız olduğu, belli bir rakam üzerinde uzlaşma sağlanmadığı, tüketiciden kart aidatı adı altında 330 TL kesinti yapıldığı, hesap işletim ücreti ve aidat miktarını tek taraflı belirleme yetkisinin 6502 sayılı Kanunun 5/1 maddesi anlamında tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartı olduğu ve haksız şartın unsurlarının oluştuğu ve bu yönü ile 6502 sayılı Kanun'un 5/8 fıkrası gereğince, sözleşmesindeki bu haksız şartın kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğu...”

<sup>141</sup> Çeker, s. 180. Ayrıca Y11HD, T. 11.09.2019, E. 2019/3124, K. 2019/5290: “Davacı vekili, davacı kooperatifin davalı bankanın 30621635 müşteri ve ... hesap no'lu müşterisi olduğunu, çeşitli dönemlerde krediler kullanıldığını ve bankacılık işlemlerinin gerçekleştiğini, dosya masrafı, komisyon, hesap işletim ücreti ve istihbarat ücreti adı altında bir takip ücretlerin tahsil edildiğini, yapılan tahsilatların usul ve yasaya aykırı olduğunu, 4077 Sayılı Kanunun 4822



## **b. Kredi Kartı Borcu**

Mevduat hesabına bağlı olarak bir kredi kartı hesabı açılması mümkündür. Bu durumda mevduat sahibine bir kredi kartı verilir<sup>142</sup>. Kredi kartı işlemleri sonuca oluşan kredi kartı borcunun, kredi kartının bağlı olduğu mevduat hesabından mahsup edilmesi mümkündür. Bankanın kredi kartı borcuna ilişkin mahsup yetkisini kullanması için, mevduat hesabında kredi kartı borcunu karşılayacak şekilde bir tutar bulunması yeterlidir<sup>143</sup>. Bankanın mahsup yetkisini kullanabilmesi için, mevduat sahibi ile aralarındaki sözleşmede, bu yetkinin varlığının açıkça kabul edilmesi gerekmektedir. Sözleşmede mahsup yetkisi kullanılabileceğine dair bir hüküm bulunmadığı takdirde, bankanın mahsup yetkisinin bulunmamasının yanı sıra mahsup etmeme nedeniyle bir sorumluluğu da söz konusu olmaz. Bir başka ifadeyle, bu ihtimalde, kredi kartı borcu ödenmemiş olur ve bankanın gecikme faizi alacağı doğar<sup>144</sup>. Bu açıklamalar, mevduat hesabına bağlı olarak bir kredi kartı verilmesi halinde geçerlidir.

---

*Sayıli Kanun ile değişik 6.maddesinde bu durumun haksız şart olarak düzenlendiğini ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile 10 yıllık zaman aşımı süresi içinde haksız ve yasaya aykırı olarak tahsil edilen toplam 14.868,27-TL'nin ödeme tarihlerinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.*

*Davalı vekili, tahsil edilen ücretlerin zorunlu giderlerden olduğu, sözleşme taraflarının da tanzim edilen sözleşmeyi okuyarak, anlayarak ve bilerek imzaladıklarını, davacının sözleşmenin tanzim aşamasında yükümlülüklerini bildiğini ve tahsil edilen zorlu giderlerinin haksız şart olarak değerlendirilemeyeceğini savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.*

*Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, taraflar arasında 19/02/2008 tarihli 150.000,00 TL ile tarihsiz olarak imzalanan 100.000,00 TL tutarlı "Genel Kredi Sözleşmeleri" kapsamında BHC nitelikli ticari kredi kullanıldığı ve bu krediler nedeniyle 19/02/2008 ve 21/07/2015 tarihleri arasında BSMV dahil olmak üzere toplamda 4.737,30 TL tahsil edildiği, bunun dışında da komisyon adı altında BSMV dahil 8.983,50.- TL'nin tahsil edildiği, taraflar arasında imzalanan kredi sözleşmesinin Faiz, Komisyon, Vergi ve Masraflar başlıklı 7. maddesinin 7.2, 7.4 ve 7.7 maddelerinde her ne kadar koşullar imza altına alınmış ise de TBK'nun 20 ve 21. maddelerindeki hükümler göz önünde bulundurularak sözleşmenin tip sözleşme olduğu, masraf alınacağına dair sözleşme hükümlerinin TBK'nun 21.maddesi gereğince "hiç yazılmamış" sayılması gerektiği, bu itibarla da davacı kooperatiften hesap işlem ücreti, istihbarat ücreti, iletişim/ekstre masrafı, operasyon masrafı ve ipotek fek ücreti adı altında davalı bankaca tahsil edilen toplamda 4.737,30.-TL'nin davacıya iadesinin gerektiği, davalı banka tarafından komisyon adı altında tahsil edilen toplam 8.983,50.- TL'nin ise kullanılan kredinin türü sebebi ile üçer aylık dönemler itibariyle tahakkuk ettirilen faize ilişkin oldukları ve taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 7.7 maddesine istinaden tahsil edildiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile 4.737,30.- TL'nin dava tarihinden geçerli olmak üzere yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.*

*Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.*

*Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.*

*SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı bakiye 242,70 TL temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 11/09/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."*

<sup>142</sup> Çeker, s. 180.

<sup>143</sup> Çeker, s. 180.

<sup>144</sup> Çeker, s. 180.

Bankanın kredi kartı işlemlerini takip etmek için ayrı bir hesap açması durumunda, artık mevduat hesabından yapılacak olan bir mahsuptan bahsedilemez. Ayrı hesaplar olan kredi kartı hesabı ile mevduat hesabında mahsup değil takas işlemi yapılabilir<sup>145</sup>.

### c. Ek Hesap Borcu

Uygulamada bankalar, genellikle maaş hesaplarına bağlı olarak, maaşın belirli bir oranında<sup>146</sup> ve maaş hesabında nakit kalmaması durumunda kullanılmak üzere, kredi fonksiyonuna<sup>147</sup> sahip ek hesaplar tanımlamaktadır<sup>148</sup>. Bir bankanın sayfasında, ek hesap, “Bankanın belirlediği bir limit dahilinde vadesiz mevduat hesabına tanımlanan ve hesabınızda yeterli bakiye olmadığında bile hesaptan para çekebilmenizi, alışveriş yapmanızı sağlayan bir kredi ürünü” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>149</sup>. Ek hesap kavramını ifade etmek üzere “avans hesap”<sup>150</sup> gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Bir sonraki maaş dönemine kadar biriken ek hesap borcu, maaş hesabına para yatmasıyla birlikte banka tarafından mahsup edilmektedir. Ek hesap borcunun banka tarafından mahsup edileceği hususu, mevduat sözleşmesinde belirtilmektedir.

### d. Otomatik Ödeme Talimatları

Gelişen bankacılık hizmetleriyle birlikte artık mevduat sahipleri, elektrik, su, doğalgaz, kablolu TV ve telefon faturalarının ödenmesi gibi birçok işlemi “otomatik ödeme talimatları” sayesinde kolayca yerine getirebilmektedir. Otomatik ödeme talimatlarını ifade etmek üzere, “düzenli ödeme talimatı”<sup>151</sup> kavramı da kullanılmaktadır. Otomatik ödeme talimatlarının gereği olarak banka, ilgili kurumla iletişime geçerek faturaların kendisine bildirilmesini sağlar. Faturanın

<sup>145</sup> Çeker, s. 180.

<sup>146</sup> “Maaşlarınız bankamız aracılığı ile ödeniyorsa firmanız ile yapılan anlaşma doğrultusunda maaşlarınızın belirli bir yüzdesi üzerinden belirlenen oran olarak tanımlanır.” <http://www.qnbfinansbank.com/sizi-dinliyoruz/164/ek-hesap.aspx>, ERİŞİM: 12.12.2016.

<sup>147</sup> Ek hesabın sürekli bir kredi niteliğine sahip olduğu hakkında, <http://www.qnbfinansbank.com/sizi-dinliyoruz/164/ek-hesap.aspx>, ERİŞİM: 12.12.2016.

<sup>148</sup> “ ‘Ek Hesap’ sayesinde vadesiz TL hesabınızda yeterli tutar olmasa da para çekebilir; havale, EFT, otomatik ödeme gibi her türlü işleminizi rahatlıkla gerçekleştirebilirsiniz. Ek Hesap, her ihtiyacınız olduğunda otomatik olarak devreye girer. Böylece kiranız, taksitleriniz ve faturalarınız gibi düzenli ödemelerinizi aksatmamış olursunuz. Ek Hesabınızdan kullandığınız tutarı geri ödemek için şubeye gitmeniz de gerekmez. Kullandığınız tutar vadesiz TL hesabınıza para yatırıldığında otomatik olarak alınır ve kullandığınız tutar için sadece kullandığınız gün kadar faiz ödersiniz. Limitinizi kullanmazsanız herhangi bir faiz veya ücret ödemezsiniz.” (İş Bankası’nın Ek Hesap tanıtım sayfasından) <http://www.isbank.com.tr/TR/bireysel/krediler/ek-hesap/Sayfalar/ek-hesap.aspx>, ERİŞİM: 12.12.2016.

<sup>149</sup> <http://www.qnbfinansbank.com/sizi-dinliyoruz/164/ek-hesap.aspx>, ERİŞİM: 12.12.2016.

<sup>150</sup> [http://www.garanti.com.tr/tr/bireysel/krediler/avans\\_hesap.page#calcContent2=UID494d048;](http://www.garanti.com.tr/tr/bireysel/krediler/avans_hesap.page#calcContent2=UID494d048;) <http://www.ziraat.com.tr/tr/diger/SikcaSorulanSorular/Pages/AvansBankkart.aspx>, ERİŞİM: 12.12.2016.

<sup>151</sup> Çeker, s. 180; <http://www.vakifbank.com.tr/otomatik-odeme-talimatı.aspx?pageID=138;> <http://www.akbank.com/tr-tr/hizmetler/Sayfalar/Duzenli-Odemeler.aspx>, ERİŞİM: 13.12.2016.

son ödeme tarihinde ise mevduat hesabındaki paradan fatura borcunu mahsup eder<sup>152</sup>. Hesapta para bulunmaması durumunda, bankanın mahsup yetkisinden bahsedilemez.

### C. Bankanın Takas veya Mahsup Yetkisini Kullanmasının Sonuçları

Bankanın takas veya mahsup yetkisini kullanması sonucunda, söz konusu borçlar sona erer. Ancak bu sona ermeyi takas ve mahsup açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

Takasta karşılıklı olarak iki borç söz konusu olduğundan, takas beyanı, her iki borcu da az olan tutarında sona erdirir. Takas beyanında bulunan banka, tek taraflı irade beyanıyla hem kendi borcunu hem mevduat sahibinin borcunu sona erdirerek, her iki hesap üzerinde bir tasarruf yetkisi kullanmış olur. Takas beyanı, takasın şartlarının olduğu andan itibaren geriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğurur.

Bankanın mahsup yetkisini kullanmasının sonucunda ise, banka mevduat sahibinden alacaklı olduğu için genellikle sözleşmeden kaynaklanan borçları sona erdirmiş olur. Ancak mahsupta karşılıklılık söz konusu olmadığından, burada yalnızca mevduat hesabının bankaya karşı olan borcu sona erer.

### SONUÇ

Bankanın mevduat hesabı üzerinde takas yetkisine sahip olduğu Bankacılık Kanunu m. 61 ile açıkça düzenlenmiştir. Böylece uygulamada ve öğretide tartışmalara neden olan bir mesele çözüme kavuşturulmuştur. Mevduat hesabı üzerinde bankanın takas yetkisi hususunda TBK'nın takasa ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Anılan düzenlemeden önce mevduatın takasa konu olup olamayacağı sorusunu cevaplayabilmek, ancak mevduatın hukuki niteliği tespit edilmek suretiyle mümkündür. Bu kapsamda mevduatın, tüketim ödücü ve usulsüz tevdimin bazı özelliklerini bünyesinde barındıran, hukuki niteliği itibarıyla kendine özgü bir sözleşme olarak kabul edilmesi gerekir. Burada mevduatın TBK m. 144'te ifade edilen "tevdil edilmiş eşya" niteliğine sahip olmadığı, ancak "tevdil edilmiş eşya" olarak değerlendirilebileceği söylenebilir. TBK m. 144/III kapsamında değerlendirilen maaş hesabının takasa konu olması ancak mevduat hesabı sahibinin rızasıyla mümkündür. Bankanın takas ve mahsup yetkisi Kanun'dan doğabileceği gibi sözleşmeden de doğabilir. Mahsuba konu olabilecek bankacılık işlemleri; hesap işletim ücreti, ek hesap borcu, kredi kartı borcu ve otomatik ödeme talimatları olarak örneklendirilebilir. Görülmektedir ki bu işlemlerin ortak özelliği, yalnızca mevduat hesabı sahibinin borçları niteliğine sahip olmalarıdır. Burada esasen tek bir borç vardır. Takasta ise edimleri aynı cins olan, karşılıklı iki borç söz konusudur. Takas ve mahsup kavramları konu olabilecekleri bankacılık işlemleri yönünden de farklılık göstermekte ve birbiri yerine kullanılmamalıdır. Bu sebeple bankanın takas yetkisi ve mahsup yetkisi kavramlarının birbirinden ayrılması gerekli ve zorunludur.

<sup>152</sup> Çeker, s. 180.

## KAYNAKÇA

- AKGÜN, Aliye, *Mevduat Sözleşmeleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- ARAL, Fahrettin, *Türk Borçlar Hukukunda Takas*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- ATAMER, Yeşim M., *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999 (Genel İşlem Şartları).
- ATAMER, Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55 f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Ankara 2011, s. 9-73 (Sempozyum).
- AYAN, Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- AYDOĞDU, Murat, *Genel İşlem Koşulları Şerhi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- BECKER, Hermann, *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, IV. Cilt*, Borçlar Kanunu, Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara 1967.
- BİLGİN, Mahmut, *Banka Hukukunda Sözleşmeler, Uyuşmazlıklar, Hukuki Sorumluluk*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- BUCHER, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1988.
- BUZ, Vedat, “Takas Beyanının Geriye Etkisi Üzerine”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 229-255 (Takas).
- BUZ, Vedat, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005 (Yenilik Doğuran Haklar).
- ÇEKER, Mustafa, *Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı*, Karahan Kitabevi, Adana 2004.
- ÇINAR, Ömer, *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- ÇUHACI, Şemsettin, “Takas ve Mahsup Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, *Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan*, İstanbul 2000, s. 159-172.
- DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, *Takas*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- DOĞANCI, Doğa Ekrem, *Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- EDENFELD, Stephan, “Offene Fragen des Beitritts zur Dauerschuld”, *JZ*, Vol.:52, No.:21, 1992, s. 1034-1042.
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- GÜMÜŞ, Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- HONSELL, Heinrich, *Obligationenrecht*, Helbing Lichtenhahn Verl., Basel 2014.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

- KOÇ, Elif, *Zamanaşımına Uğramış Mevduat Alacakları*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- KONURALP, Haluk, “Banka Tasarruf Mevduatının Hukuki Niteliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.:1, 1980, s. 14-23.
- KOSTAKOĞLU, Cengiz, *Bankalar Kanunu Şerhi*, 5. Bası, Beta Yayıncılık, Ankara 2004.
- KURT, Ekrem, *Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- NOMER, Haluk, “Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının BK 118/I Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbirleriyle Takas Edilebilirliği Problemi”, *İÜHFMD*, C.: LVII, S.: 1-2, Y.: 1999, s. 241-264 (Takas).
- NOMER, Haluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013 (Genel Hükümler).
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- ÖNDER, Fahrettin, “Banka Hukukunda Tasarruf Mevduatı Sözleşmesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Y.:2003, C.:8, S.:1, s. 91-102.
- ÖZBAY, Ümit Vefa, *Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketim Ödücü (Karz) Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- ÖZCAN, Zeynep/ TÜRK, Ali, “Yargıtay Kararları Eşliğinde Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartların Denetimi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 3, 2020, s.1465-1505.
- ÖZEN, Burak, *Kefalet Sözleşmesi*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- PEHLİVAN, Pınar/ YURTSEVER, Hatice, *Türk Bankacılık Sektörü ve Mali Yükümlülükleri*, Legal Yayıncılık, Ankara 2016.
- REİSOĞLU, Safa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013 (Genel Hükümler).
- REİSOĞLU, Seza, *Bankacılık Kanunu Şerhi, Cilt I – Genel Bölüm ve Madde 1-64*, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2015 (Şerh).
- SCHWENZER, Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Stampfli Verlag, Bern 2012.
- ŞENER, Oruç Hami, *Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği*, Yetkin Yayınları, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2019.
- TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2*, 4. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- TAŞDELEN, Servet, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2015.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla Tekinay, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- TEKİNALP, Ünal, *Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, H. Murat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- TİFTİK, Mustafa, *Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- TİFTİK, Mustafa / ÖZCAN, Zeynep, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi”, *BATİDER*, C. 31, S. 1, 2015, s. 23-58.
- TOPALOĞLU, Mustafa, “Banka Mevduatı Üzerinde Takas ve Hapis Hakkı”, *Adana Barosu Bülteni*, Y.:4, S.:11, (Mart-Nisan) 2004, s. 2.



UYGUR, Turgut, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

ÜNAL, Akın / KÖROĞLU, Emre, “Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 7, Sayı 13, 2019, s. 523-550.

YELMEN, Adem, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

YENER, Mehmet Deniz, *Vedia Sözleşmesi*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.

YILDIZ PORTAKAL, Seda, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Katılma*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2016.

YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005 (Sözlük).

YILMAZ, Ejder, “Davada Takas ve Mahsup Talebi”, *Makaleler (1973-2013)* 2. Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 1829-1870 (Takas).

YÜKSEL, Ali Sait, *Bankacılık Hukuku ve İşletmesi*, 7. Bası, Marmara Üniversitesi Nihad Sayar Eğitim Vakfı Yayınları, İstanbul 1992.

## Mahkûm Olunan Hapis Cezasının Koşullu Salıverilme Öncesinde Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak İnfazı Bakımından 7242 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Bir Nedeni Olarak Covid-19\*

Fatma Umay GENÇ 

Dr. Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D.,  
[umay.genc@hbv.edu.tr](mailto:umay.genc@hbv.edu.tr) (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	Öz
<p><b>Makale Geçmiş:</b> <b>Geliş:</b> 21.05.2021 <b>Kabul:</b> 18.10.2021 <b>Yayın:</b> 29.10.2021</p> <p><b>Anahtar Kelimeler:</b> COVID-19 pandemisi, “denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı”, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (5275 sayılı Kanun), Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (7242 sayılı Kanun), 5275 sayılı Kanun’da yapılan değişiklikler.</p>	<p>“Hapis cezasının koşullu salıverilme öncesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı”, 5275 sayılı Kanun’a 5 Nisan 2012 tarihli ve 6291 sayılı Kanun’la eklenen “Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı” başlıklı madde 105/A’da yer alan düzenlemeyle hukuk sistemimize girmiştir. Böylece, mahkûm olduğu hapis cezasını infaz kurumunda çekmekte olan bir hükümlünün, hakkında henüz koşullu salıverilme hükümleri uygulanmadan önce ceza infaz kurumundan ayrılması mümkün hâle gelmiştir. Bu hükümden yararlanan bir hükümlünün cezasının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmı denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz kurumu dışında, toplumsal ortamda infaz edilmektedir. Daha önce başka kanunlarla yapıldığı gibi, 15 Nisan 2020 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun’la da denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı ile ilgili kalıcı ve geçici nitelikte bazı değişiklikler yapılmıştır. Diğer taraftan, 7242 sayılı Kanun’a esas teşkil eden Kanun Teklifi 31 Mart 2020 tarihinde verilmiştir. Bununla birlikte, 11 Mart 2020 tarihinde, Sağlık Bakanlığı tarafından, ülkemizde ilk COVID-19 vakasının tespit edildiği; 1 Nisan 2020 tarihinde ise Sağlık Bakanı tarafından, söz konusu virüsün bütün illere yayılmış olduğu açıklanmıştır. Dolayısıyla, pek çok tartışma ve eleştiriyi de beraberinde getiren 7242 sayılı Kanun, tam da hızla salgına karşı önlemlerin alındığı bir dönemde kabul edilerek yürürlüğe koyulmuştur. Böyle bir dönemde, 7242 sayılı Kanun’un ivedilikle kabul edilmiş olması, bu acelenin COVID-19 nedeniyle mi olduğu sorusunu akıllara getirmektedir. Bu çalışmada, mahkûm olunan hapis cezasının koşullu salıverilme öncesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazına ilişkin olarak 5275 sayılı Kanun’da 7242 sayılı Kanun’la yapılan değişikliklerin COVID-19 salgını nedeniyle olup olmadığı incelenerek salgın ile bağlantılı nitelikte olan düzenlemelere dair değerlendirmelerde bulunulmuştur.</p>

### Covid-19 as a Reason of The Amendments Made by The Law No. 7242 with Regard to The Execution of Sentence of Imprisonment by Application of Probation Measures Before Conditional Release

Article Info	Abstract
<p><b>Article History</b> <b>Received:</b> 21.05.2021 <b>Accepted:</b> 18.10.2021 <b>Published:</b> 29.10.2021</p> <p><b>Keywords:</b> COVID-19 pandemic, “execution of sentence of imprisonment by application of probation measures”, Law on the Execution of Penalties and Security Measures (Law No. 5275), Law on Amending the Law on the Execution of Penalties and Security Measures and Certain Laws (Law No. 7242), amendments to the Law No. 5275.</p>	<p>“Execution of sentence of imprisonment by application of probation measures before conditional release” has entered into our legal system with the article 105/A titled “execution of the sentence by application of probation measures”, which was added to the Law No. 5275 by the Law No. 6291, dated 5 April 2012. Thus, it has become possible for a convict, who serves her/his prison sentence in the penal institution, to leave the institution before the provisions of conditional release have yet been applied. The part of the sentence, until the date of the conditional release, of a convict who benefits from this provision is executed by allowing her/him to remain in the community by application of probation measures, instead of being in the penal institution. As was done by various laws before, some permanent and temporary amendments were made with regard to the execution of sentence of imprisonment by application of probation measures by the Law No. 7242 which entered into force by being published in the Official Gazette on 15 April 2020. On the other hand, the Bill, which forms the basis of the Law No. 7242, was proposed on 31 March 2020. However, the first COVID-19 case in our country was announced by the Ministry of Health on 11 March 2020 and the Minister of Health declared on 1 April 2020 that the virus in question had spread to all provinces. Therefore, the Law No. 7242, which brought about many discussions and criticisms, was adopted and put into effect at the very time when precautions were being taken against the pandemic. The urgent adoption of Law No. 7242 at such a time conjures up the question of whether this hurry was due to COVID-19. In this paper, it is examined whether the amendments, made in the Law No. 5275 by the Law No.7242, regarding the execution of sentence of imprisonment by application of probation measures before conditional release are due to the COVID-19 outbreak and the regulations related to the pandemic are discussed.</p>

**Atıf/Citation:** Genç, F. U. (2021). “Mahkûm Olunan Hapis Cezasının Koşullu Salıverilme Öncesinde Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak İnfazı Bakımından 7242 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişikliklerin Bir Nedeni Olarak Covid-19”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), s. 494-531.

**Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



“This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)”

\* Bu makale, 10-12 Nisan 2021 tarihlerinde, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi’nde sunulan “Covid-19 ve Mahkûm Olunan Hapis Cezasının Koşullu Salıverilme Öncesinde Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak İnfazı” başlıklı tebliğin güncellenmiş, düzenlenmiş ve genişletilmiş versiyonudur.

## GİRİŞ

Hapis cezasının koşullu salıverilme öncesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı, 5275 sayılı “Ceza ve Güvenlik Tedbirleri’nin İnfazı Hakkında Kanun”a (CGTİHK) 5 Nisan 2012 tarihli ve 6291 sayılı “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la eklenen “Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı” başlıklı madde 105/A’da<sup>1</sup> yer alan düzenleme ile hukuk sistemimize girmiştir<sup>2</sup>. “*Hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek*” amacı<sup>3</sup> güdülen bu infaz usulü ile, mahkûm olduğu hapis cezasını infaz kurumunda çekmekte olan bir hükümlünün, hakkında henüz koşullu salıverilme hükümleri uygulanmadan önce infaz kurumundan ayrılması mümkün kılınmıştır. Söz konusu infaz usulünden yararlanan hükümlünün cezasının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmı, “*topluma uyum sağlamanın kolaylaştırılması ve tekrar suç işleme riskinin azaltılması*” amacıyla<sup>4</sup> kişiye göre belirlenmiş “denetimli serbestlik” tedbiri uygulanmak suretiyle infaz kurumu dışında, toplumsal ortamda infaz edilmektedir.

Yürürlüğe girdiğinden beri CGTİHK’de çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin bazıları da “denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı” ile bağlantılı niteliktedir. Nihayet, 14 Nisan 2020 tarihinde kabul edilen ve 15 Nisan 2020 tarihli ve 31100 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girerek toplam on bir kanunda değişiklik öngören 7242 sayılı “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la da bu infaz usulüne ilişkin birtakım değişiklikler yapılmıştır<sup>5</sup>. Diğer taraftan, bilindiği üzere 2019 yılının Aralık ayında, Çin’in Wuhan kentinde nedeni bilinmeyen pnömoni vakalarının ortaya çıkmış olduğu Dünya Sağlık Örgütü’ne (WHO) bildirilmiş ve daha sonradan, bunun nedeninin yeni bir tip koronavirüs olduğu tespit edilmiştir<sup>6</sup>. 2020 yılının Ocak ayında ise çeşitli haber sitelerinde, bu virüsün bulaşma oranının arttığına dair

<sup>1</sup> Sözü edilen m. 105/A’nın, 11 Nisan 2012 tarihli ve 28261 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, 5 Nisan 2012 tarihli ve 6291 sayılı Kanun’da yer alan ilk hali için bakınız (bkz.): 6291 sayılı “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, *Resmi Gazete*, 11.04.2012-28261, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/04/20120411-11.htm>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

<sup>2</sup> Bununla birlikte, m. 105/A’nın yürürlüğe girmesinden önce CGTİHK’nin 105. maddesinin 4. fıkrasında yer alan ve 6291 sayılı Kanun (m. 3) ile yürürlükten kaldırılan;

*“İki yıl veya daha az süre ile hapis cezasına mahkûm olanlardan, hükümlülük süresinin yarısını iyi halle geçirenlerin, istekleri bulunmak koşuluyla kendilerinin veya yasal temsilcilerinin veya Cumhuriyet başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmiyet sürelerinin geriye kalan yarısını kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına mahkemece karar verilebilir.”* şeklindeki hükmün de benzer bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür.

<sup>3</sup> Bkz. m. 105/A, f. 1, birinci cümle.

Buna karşın, doktrinde, bu düzenlemenin gerçek amacının aşırı dolu olan ceza infaz kurumlarındaki yoğunluğun azaltılması olduğu da belirtilmektedir. Bkz. Sanıvar, Ramadan, *Modern İnfaz Hukuku ve Koşullu Salıverilme (Şarhli Tahliye) Kurumu*, Seçkin, Ankara, 2020, s. 296.

<sup>4</sup> Çakır, Kerim, “Hapis Cezasının Koşullu Salıverilme Uygulanarak İnfazı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2020, s. 691.

<sup>5</sup> Bkz. 7242 sayılı “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, *Resmi Gazete*, 15.04.2020-31100, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/04/20200415-16.htm>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

<sup>6</sup> World Health Organization Regional Office for Europe, *Novel coronavirus emerges in China*, 10 Ocak 2020, <https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/news/news/2020/01/novel-coronavirus-emerges-in-china>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

bilgiler yer almaya başlamıştır. Bundan kısa bir süre sonra da küreselleşmenin de etkisiyle söz konusu virüs dünyanın diğer yerlerinde de görülmeye başlanmıştır. Virüsün hızla yayılmasının ardından, 11 Mart 2020 tarihinde, COVID-19, WHO tarafından pandemi ilan edilmiştir<sup>7</sup>. 2020 yılının Mart ayının ortalarına gelindiğinde ise artık Avrupa ülkeleri virüsle anılmaya başlanmış; Avrupa, virüsün yeni merkez üssü hâline gelmiştir<sup>8</sup>. 11 Mart 2020 tarihinde, Sağlık Bakanlığımız tarafından, ülkemizde ilk COVID-19 vakasının tespit edildiği<sup>9</sup>; 1 Nisan 2020 tarihinde ise Sağlık Bakanı tarafından, söz konusu virüsün ülkemizdeki bütün illere yayılmış olduğu<sup>10</sup> açıklanmıştır<sup>11</sup>. Bunu takip eden süreçte ise virüsün yayılım hızının azaltılabilmesi için alınan tedbirler şehir giriş çıkışlarının yasaklanması, sokağa çıkma yasağı gibi artarak devam etmiştir. Bu bağlamda, 7242 sayılı Kanun'un kabulü ve yürürlüğe girişi, tam da ülkemizde ilk vakanın ortaya çıkmasının ardından hızla COVID-19 salgınına karşı önlemlerin alındığı bir döneme tekabül etmektedir. Ayrıca, bilinmektedir ki, bahsi geçen Kanun'un kabulü öncesinde, uzunca bir zamandır kamuoyunun gündemini af tartışmaları meşgul etmekte olup 7242 sayılı Kanun'un kabulü ile birlikte, bu tartışmalar sona ermiştir<sup>12</sup>. Virüsün ülkemizdeki bütün illere yayılmış olduğu ve tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de hızla salgına karşı çeşitli önlemlerin alındığı bir dönemde, pek çok tartışma ve eleştiriyi de beraberinde getiren 7242 sayılı Kanun'un ivedilikle kabul edilmiş olması, bu acelenin COVID-19'la bir bağlantısının olup olmadığı sorusunu akıllara getirmektedir. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında, öncelikle, hapis cezasının koşullu salıverilme öncesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı ve 7242 sayılı Kanun'la, bu infaz usulü ile ilgili olarak yapılan değişiklikler hakkında kısaca açıklamalar yapılacaktır. Bunun ardından ise ilgili sorunun cevabı tartışılmak suretiyle CGTİHK'de 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı ile ilgili olanlarından hangilerinin COVID-19 salgını nedeniyle olduğu tespit edilecek ve bu değişikliklerin yerindeliliğine ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

<sup>7</sup> World Health Organization, *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020*, 11 Mart 2020, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

<sup>8</sup> World Health Organization, *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 13 March 2020*, 13 Mart 2020, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-mission-briefing-on-covid-19---13-march-2020>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

<sup>9</sup> T.C. Sağlık Bakanlığı, "Koronavirüs, Alacağımız Tedbirlerden Güçlü Değildir", *Sağlık Bakanlığı - Haberler*, 11 Mart 2020, <https://www.saglik.gov.tr/TR,64383/koronavirus-alacagimiz-tedbirlerden-guclu-degildir.html>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

<sup>10</sup> T.C. Sağlık Bakanlığı, "Bakan Koca: 'Dışarı Çıkmayalım, Virüse Fırsat Tanımayalım'", *Sağlık Bakanlığı - Haberler*, 1 Nisan 2020, <https://www.saglik.gov.tr/TR,64846/bakan-koca-disari-cikmayalim-viruse-firsat-tanimayalim.html>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

<sup>11</sup> Ülkemizde bu üç haftalık süreçte alınan önlemler hakkında bilgi için bkz. İnce, Fuat / Evcil, Fatma Yağmur, "Covid-19'un Türkiye'deki İlk Üç Haftası", *SDÜ Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2020, s. 237 vd.

<sup>12</sup> Limoncu, Mustafa, "7242 sayılı Yasa ile İnfaz Düzenlemesi (Teorik Arka Plan ve Yapılan Düzenlemeye Genel Bir Bakış)", *Konya Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2020, s. 58.

## I. Hapis Cezasının Koşullu Salıverilme Öncesinde Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak İnfazının Şartları

### A. 7242 sayılı “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un Kabulünden Önceki Durum

7242 sayılı Kanun’un kabul edilerek yürürlüğe girmesinden sonra olduğu gibi yürürlüğe girmesinden önce de denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı için, öncelikle hükümlünün “iyi hâlli olması” ve “talepte bulunması” gerekmekteydi (m. 105/A-1)<sup>13</sup>. Bu yönde talepte bulunan iyi hâlli hükümlülerden hangilerinin bu infaz usulünden yararlanabileceği bakımından aranan diğer şartlar ise söz konusu hükümlülerin, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezalarının infazını talep ettikleri sırada buldukları infaz kurumuna göre belirli gruplara ayrılması suretiyle belirlenmişti. Bu bağlamda, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezalarının infazını talep edebilecek olan iyi hâlli hükümlüler -halihazırda da olduğu gibi-; açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler (m. 105/A-1-a), açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarının oluşmasına karşın iradesi dışında bir nedenle açık ceza infaz kurumuna ayrılamamış ya da bu nedenle kapalı ceza infaz kurumuna geri gönderilmiş, kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler (m. 105/A-2) ve çocuk eğitimevinde bulunan hükümlülerdi (m. 105/A-1-b)<sup>14</sup>.

Açık ceza infaz kurumuna ayrılmış iyi hâlli bir hükümlünün denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazı için, “cezasının son altı ayını açık ceza infaz kurumunda kesintisiz bir şekilde geçirmiş” ve kural olarak “koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalmış” olması gerekmekteydi (m. 105/A-1-a). Keza, açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları oluşmasına karşın, iradesi dışındaki bir nedenle açık ceza infaz kurumuna ayrılamayan veya bu nedenle kapalı ceza infaz kurumuna geri gönderilen iyi hâlli bir hükümlünün ise “açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarının oluşmasından itibaren en az altı aylık sürenin geçmiş olması” ve “koşullu

<sup>13</sup> Uygulamaya ilişkin esaslar için ayrıca bkz. “Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği”, *Resmi Gazete*, 05.03.2013-28578, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=17175&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

<sup>14</sup> Hangi hükümlüler hakkında verilen cezaların doğrudan açık ceza infaz kurumunda infaz edileceğine ve hükümlülerin kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayrılmasına ilişkin şartlar için bkz. CGTİHK m. 14 ve Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği.

“Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği”, *Resmi Gazete*, 02.09.2012-28399, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=16564&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Belirtilmelidir ki, CGTİHK m. 14’te de 7262 sayılı Kanun’la değişiklikler yapılmıştır. Hükmün değişiklikten önceki hali için bkz.:

“(1) Açık ceza infaz kurumları, hükümlülerin iyileştirilmelerinde, çalıştırılmaları ve meslek edindirilmelerine öncelik verilen, firara karşı engelleri ve dış güvenlik görevlisi bulunmayan, güvenlik bakımından kurum görevlilerinin gözetim ve denetimi ile yetinilen kurumlardır. Açık ceza infaz kurumları ihtiyaca göre ayrıca;

a) Kadın açık ceza infaz kurumları,

b) Gençlik açık ceza infaz kurumları,

şeklinde kurulabilir.

(2) Hükümlülerin açık cezaevlerine ayrılmasına ilişkin esas ve usûller yönetmelikte gösterilir.

(3) İlk kez suç işleyen ve iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına hükümlü bulunanların cezaları doğrudan açık ceza infaz kurumlarında yerine getirilebilir.

(4) Açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerden kınamadan başka bir disiplin cezası alanlar ve hükümlü oldukları suçtan başka bir fiilden dolayı haklarında tutuklama kararı olanlar ile yaş, sağlık durumu, bedensel veya zihinsel yetenekleri bakımından çalışma koşullarına uyum sağlayamayacakları saptananlar, kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilirler. Bu karar, infaz hâkiminin onayına sunulur.”



salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalmış olması” şartıyla denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazından yararlanması mümkündür (m. 105/A-2)<sup>15</sup>. Ancak, 6291 sayılı Kanun’la CGTİHK’ye eklenen “geçici madde 3”te, bu maddenin yürürlüğe girdiği 11 Nisan 2012 tarihi itibarıyla açık ceza infaz kurumunda bulunan veya kapalı ceza infaz kurumunda bulunup da açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarını taşıyan ve koşullu salıverilmelerine bir yıldan az süre kalan iyi hâlli hükümlülerin, talepleri hâlinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına karar verilebileceği öngörülmüştü. Maddede, ayrıca, koşullu salıverilmelerine bir yıl kala açık ceza infaz kurumuna ayrılma hakkını kazanan hükümlülerin bu infaz usulünden en fazla altı ay süreyle yararlanacakları belirtilmişti (f. 2). Keza, 5 Temmuz 2012 tarihinde kabul edilen ve 5 Temmuz 2012 tarihli ve 28344 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun’un “geçici 2. maddesi”nin 3. fıkrasında da benzer bir düzenlemeye yer verilerek bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla koşullu salıverilmelerine bir yıldan az süre kalan ve açık ceza infaz kurumunda bulunan iyi hâlli hükümlülerin, talepleri hâlinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına karar verilebileceği öngörülmüştü. Dolayısıyla, bu hükümlerle, birer kereye mahsus da olsa bu yeni infaz usulünden daha fazla hükümlünün yararlanabilmesi olanağı sağlanmıştı<sup>16</sup>. Bunlara ek olarak, CGTİHK’ye 24 Ocak 2013 tarihinde kabul edilen ve 31 Ocak 2013 tarihli ve 28545 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6411 sayılı Kanun’la eklenen “geçici madde 4” ile<sup>17</sup>, açık ceza infaz kurumuna ayrılmış iyi hâlli bir hükümlünün “son altı ayını kesintisiz bir şekilde açık ceza infaz kurumunda geçirmiş olması” ve açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları oluşmasına karşın iradesi dışındaki bir nedenle açık ceza infaz kurumuna ayrılamayan veya bu nedenle kapalı ceza infaz kurumuna geri gönderilen iyi hâlli bir hükümlünün ise “açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarının oluşmasından itibaren en az altı aylık sürenin geçmiş olması” şartlarının 31 Aralık 2015 tarihine kadar uygulanmayacağı öngörülmüştü. Ayrıca, 25 Aralık 2015 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 2016 tarihli ve 29580 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6655 sayılı Kanun’la, bu belirtilen şartların uygulanmayacağı süre 31 Aralık 2020 tarihine kadar da uzatılmıştı<sup>18</sup>. Bu düzenlemelerle, bahsi geçen altı aylık süre şartları uzun süreli şekilde askıya

<sup>15</sup> Açık ceza infaz kurumunda yer bulunmaması ya da hükümlünün hastalık gibi bir sebeple çalışabilecek durumda olmaması gibi durumlar, hükümlülerin açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları oluşmasına karşın ayrılamamalarına veya kapalı ceza infaz kurumuna geri gönderilmelerine sebep olan irade dışı nedenlere örnek gösterilebilir. Bkz. Demirbaş, Timur, *İnfaz Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 618; Sanıvar, s. 300, dn. 215, 216.

<sup>16</sup> Bu düzenlemelerin eşitlik ilkesi açısından oluşturdukları düşünülen sakıncalara dair açıklamalar için bkz. Turhan, Faruk / Altıkat, Abdurrahim, “Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları”, *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2012, s. 28, 29.

<sup>17</sup> Bkz. 6411 sayılı Kanun m. 13:

“5275 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

‘GEÇİCİ MADDE 4 – (1) Bu Kanunun 105/A maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde ve ikinci fıkrasında belirtilen altı aylık süre şartı ile birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen cezanın belirli bir süre infaz edilmesine ilişkin şart 31/12/2015 tarihine kadar uygulanmaz.’”

6411 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, *Resmi Gazete*, 31.01.2013-28545, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130131-32.htm>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Bu düzenlemeyle, m. 105/A’nın birinci fıkrasının (a) bendinde ve ikinci fıkrasında belirtilen altı aylık süre şartı ile birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen cezanın belirli bir süre infaz edilmesine ilişkin şartın askıya alınmasının, “iyi hâl”in tespiti ile bağlantılı olarak cezanın caydırıcılığı bakımından doğurduğu sakıncalar hakkında bkz. Turhan / Altıkat, s. 25, 30, 43.

<sup>18</sup> Bkz. 6655 sayılı Kanun m. 5.

alınmıştı. Böylelikle, açık ceza infaz kurumunda bulunan veya kapalı ceza infaz kurumunda bulunup da açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarını taşıyan ve koşullu salıverilmelerine bir yıldan az süre kalan iyi hâlli hükümlülerin, açık ceza infaz kurumuna ayrılır ayrılmaz veya ayrılma şartlarının olduğu anda -resmi işlemlerin tamamlanma hızına göre<sup>19</sup>- denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazından yararlanmak suretiyle ceza infaz kurumundan çıkmaları mümkün hâle gelmişti.

Bunların yanı sıra, çocuk eğitimevinde bulunan iyi hâlli bir hükümlünün ise denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazı için, çocuk eğitimevinde toplam cezasının beşte birini tamamlamış ve yine koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalmış olması aranmaktaydı (m. 105/A-1-b). Ancak, yukarıda da belirttiğimiz, CGTİHK'ye 6411 sayılı Kanun'la eklenen "geçici madde 4"le, bu hükümlülerin "çocuk eğitimevinde toplam cezasının beşte birini tamamlamış olmaları" şartının 31 Aralık 2015 tarihine kadar uygulanmayacağı öngörülmüş ve 6655 sayılı Kanun'la da bu şartın uygulanmayacağı süre 31 Aralık 2020 tarihine kadar uzatılmıştı<sup>20</sup>.

Diğer taraftan, CGTİHK'ye 17 Ağustos 2016 tarihli ve 29804 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 671 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile eklenen ve daha sonra, 9 Kasım 2016 tarihinde kabul edilen ve 24 Kasım 2016 tarihli ve 29898 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6757 sayılı Kanun'la kanunlaşan "geçici madde 6"da ise belirli suçlar hariç olmak üzere<sup>21</sup>, 1 Temmuz 2016 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından m. 105/A'nın 1. fıkrasında yer alan "bir yıl"lık sürenin "iki yıl" olarak uygulanacağı öngörülmüştü<sup>22</sup>. Bir başka deyişle, maddede sayılan suçlar hariç olmak üzere 1 Temmuz 2016 tarihine kadar işlenen suçlardan dolayı hükümlü olan kişilerin denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın

6655 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", *Resmi Gazete*, 01.01.2016-29580, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/01/20160101-1.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

<sup>19</sup> Turhan / Altıkat, s. 23.

<sup>20</sup> Bkz. 6655 sayılı Kanun m. 5.

<sup>21</sup> Bu suçlar; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki (TCK'deki) kasten öldürme suçları (m. 81, m. 82), üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (m. 102, m. 103, m. 104, m. 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (m. 132, m. 133, m. 134, m. 135, m. 136, m. 137, m. 138), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (m. 188) ve TCK'nin ikinci kitabının dördüncü kısmının dördüncü, beşinci, altıncı ve yedinci bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12 Nisan 1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) kapsamına giren suçlardır.

Belirtilmelidir ki, bu düzenleme, doktrinde; bu suçların, kamuoyunda sıkça gündeme gelen ve toplumun hassasiyet duyduğu eylemlere ilişkin olmalarına rağmen istisna kapsamında tutulmasının bilimsel bir temelini bulunmadığı, kanun koyucunun bu suçları tercih etme sebebinin belirsiz olduğu ve haksızlık içeriği itibarıyla bu suçlarla eşit ya da bunlardan daha ağır nitelikte bazı suçların kapsam dışında bırakılmamış olmasının da bu belirlemede kanun koyucunun subjektif tercihlerinin rol oynadığını gösterdiği gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Bkz. Yenidünya, A. Caner, *Yeni İnfaz Düzenlemeleri Işığında Koşullu Salıverme, Hükümlülerin Açık Cezaevine Ayrılması ve Denetimli Serbestlik*, <https://www.yenidunyahukuk.com/dosyalar/yeni-infaz-duzenlemeleri.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021), s. 65.

<sup>22</sup> Bkz. 671 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) m. 32, 6757 sayılı Kanun m. 28.

671 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname", *Resmi Gazete*, 17.08.2016-29804, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/08/20160817-18..htm>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

6757 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun", *Resmi Gazete*, 24.11.2016-29898, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/11/20161124-4..htm>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

infazından yararlanabilmeleri için koşullu salıverilmelerine iki yıl veya daha az süre kalmış olması yeterliydi.

Bunlara ek olarak, 7242 sayılı Kanun'un kabul edilerek yürürlüğe girmesinden sonra olduğu gibi yürürlüğe girmesinden önce de m. 105/A'nın 3. fıkrasında, sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile maruz kaldıkları ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen hükümlülerin denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı usulünden yararlanabilmeleri için daha özel nitelikte bir düzenleme yapılmıştı. Buna göre, sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan ve "koşullu salıverilmesine iki yıl veya daha az süre kalmış olan" kadın hükümlülerin, maddenin ilk iki fıkrasında öngörülen diğer şartları da taşımaları kaydıyla, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazından yararlanmaları mümkündür (m. 105/A-3-a)<sup>23</sup>. Keza, 7242 sayılı Kanun'un kabul edilerek yürürlüğe girmesinden sonra olduğu gibi yürürlüğe girmesinden önce de, maruz kaldıkları ağır bir hastalık, engellilik<sup>24</sup> veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen ve "koşullu salıverilmesine üç yıl veya daha az süre kalan" hükümlüler de maddenin ilk iki fıkrasındaki diğer şartları da taşımaları ve ağır hastalık, engellilik veya kocama hâlinin Adli Tıp Kurumundan alınan veya Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan bir raporla belgelendirilmesi hâlinde bu infaz usulünden yararlanabilmekteydi (m. 105/A-3-b). Bu bağlamda, yukarıda açıklanan geçici m. 4 hükümlerinin bu hükümlüler bakımından da geçerli olduğu izahtan varestedir.

Bunların dışında, m. 105/A ilk yürürlüğe girdiğinde, adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle cezası hapse çevrilen hükümlülerin de bu infaz usulünden yararlanabileceği öngörülmüştü<sup>25</sup>. Ancak, 18 Haziran 2014 tarihinde kabul edilen ve 28 Haziran 2014 tarihli ve 29044 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun'la, bu hüküm değiştirilerek adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle cezası hapse çevrilen hükümlülerin bu infaz usulünden yararlanamayacakları öngörülmüştür<sup>26</sup>.

Yukarıdaki şartları taşıyan ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezalarının infazını talep eden iyi hâlli hükümlülerin cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının

<sup>23</sup> Bu düzenlemenin uygulama açısından sakıncalarına dair düşünceler için bkz. Turhan / Altıkat, s. 31, 32.

<sup>24</sup> Maddenin ilk halindeki "sakatlık" ifadesi, 25 Nisan 2013 tarihinde kabul edilen ve 3 Mayıs 2013 tarihli ve 28636 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6462 sayılı Kanun'un m. 1/65-b hükmüyle, "engellilik" şeklinde değiştirilmiştir.

Bkz. 6462 sayılı "Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Yer Alan Engelli Bireylere Yönelik İbarelerin Değiştirilmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", *Resmî Gazete*, 03.05.2013-28636, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/05/20130503-1.htm>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

<sup>25</sup> Bu bağlamda, maddenin 4. fıkrasında yer alan hüküm şu şekildeydi:

"Adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle, cezası hapse çevrilen hükümlülerin yukarıdaki fıkralardaki infaz usulünden yararlanmalarında, hak ederek tahliye tarihi esas alınır."

İlgili düzenlemeye ilişkin açıklamalar için bkz. Turhan / Altıkat, s. 33.

<sup>26</sup> Bkz. 6545 sayılı Kanun m. 80.

6545 sayılı "Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", *Resmî Gazete*, 28.06.2014-29044, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140628-9.htm>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

CGTİHK sisteminde, adli para cezasının ödenmemesi halinde ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarının çevrildiği hapis esasen tazyik hapsidir. Tazyik hapsi ise teknik anlamda hapis cezası değildir. Bu nedenle, doktrinde, m. 105/A-4'te yer alan hükmün hatalı bir şekilde düzenlendiği ifade edilmektedir. Bkz. Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 632.

denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına, ceza infaz kurumu idaresince hükümlü hakkında hazırlanan değerlendirme raporu dikkate alınarak, infaz hâkimi tarafından karar verilmekteydi (m. 105/A-1).

## **B. 7242 sayılı “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un Kabulünden Sonraki Durum**

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, 7242 sayılı Kanun’un kabul edilerek yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi yürürlüğe girmesinden sonra da denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı için öncelikle hükümlünün “iyi hâlli olması”<sup>27</sup> ve “talepte bulunması” gerekmektedir (m. 105/A-1). Diğer taraftan, 7242 sayılı Kanun’la birlikte, CGTİHK’nin 105A maddesinin yukarıda açıklanan ilk iki fıkrasında değişiklikler yapılmıştır<sup>28</sup>. Bu bağlamda, maddenin birinci fıkrasında yapılan değişikliklerle, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazından yararlanabilmesi için, açık ceza infaz kurumuna ayrılmış iyi hâlli bir hükümlünün “cezasının son altı ayını açık ceza infaz kurumunda kesintisiz bir şekilde geçirmiş” olması veya çocuk eğitimevinde bulunan iyi hâlli bir hükümlünün ise “çocuk eğitimevinde toplam cezasının beşte birini tamamlamış olması” şartları kaldırılmıştır. Keza, maddenin ikinci fıkrasında yapılan değişiklik sonucunda, açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları oluşmasına karşın, iradesi dışındaki bir nedenle açık ceza infaz kurumuna ayrılamayan veya bu nedenle kapalı ceza infaz kurumuna geri gönderilen iyi hâlli bir hükümlünün denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazından yararlanabilmesi için, “açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarının oluşmasından itibaren en az altı aylık sürenin geçmiş olması” şartı da aranmamaktadır. Böylece, zaten 31 Aralık 2020 tarihine kadar da askıya alınmış olan ve neredeyse hiç uygulanmayan<sup>29</sup> bu şartlar tamamen ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca, bütün bu hükümlülerin, “koşullu salıverilmelerine bir yıl veya daha az süre kalmış olması” gerekliliği de varlığını korumaktadır. Buna karşın, 7242 sayılı Kanun’la, CGTİHK’ye 6757 sayılı Kanun’la eklenen geçici m. 6’da da değişiklik yapılmıştır<sup>30</sup>. Bu bağlamda, maddenin ilk fıkrasında yapılan değişikliklerle, istisna tutulan suçların kapsamı genişletilerek bu suçlar hariç olmak üzere<sup>31</sup>, 30 Mart 2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından m. 105/A’nın 1. fıkrasında yer alan “bir yıl”lık sürenin “üç yıl” olarak uygulanacağı

<sup>27</sup> İyi hâl, CGTİHK m. 89’da öngörülen esaslar çerçevesinde belirlenecektir. 7242 sayılı Kanun’la, bu maddede de değişiklikler yapılmıştır. Bkz. 7242 sayılı Kanun m. 36.

Bu bağlamda, CGTİHK’ye 7242 sayılı Kanun’la eklenen geçici m. 9’da, söz konusu 89. maddede 7242 sayılı Kanun’la yapılan değişikliklerin 1 Ocak 2021 tarihinden itibaren uygulanacağı öngörülmüştür (f. 2).

<sup>28</sup> Bkz. 7242 sayılı Kanun m. 46.

<sup>29</sup> Doktrinde de, daha önce bahsi geçen geçici m. 4 hükümleri uyarınca, söz konusu şartların 7242 sayılı Kanun’un kabulüne kadarki süreçte uygulanmadığı belirtilmektedir. Bkz. Akalın, Kazım Yiğit / Kaya, Müşerref Gözde / Sayan, Naci Mustafa, “7242 sayılı Kanun ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’daki Açık Ceza İnfaz Kurumları, Denetimli Serbestlik Tedbiri ve Koşullu Salıverilme Düzenlemeleri Üzerinde Yapılan Değişiklikler”, *7242 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere İlişkin Değerlendirmeler. Türk Ceza Hukuku Derneği Tarafından Hazırlanan Rapor*, 25 Haziran 2020, <https://www.tchd.org.tr/wp-content/uploads/2020/06/infaz.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021), s. 98, dn. 21.

<sup>30</sup> Bkz. 7242 sayılı Kanun m. 52.

<sup>31</sup> Bu suçlar; TCK’deki kasten öldürme suçları (m. 81, m. 82 ve m. 83), üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçları, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçu (m. 87/2-d), işkence suçu (m. 94, m. 95), ziyet suçu (m. 96), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (m. 102, m. 103, m. 104, m. 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (m. 132, m. 133, m. 134, m. 135, m. 136, m. 137, m. 138), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (m. 188) ve TCK’nin ikinci kitabının dördüncü kısmının dördüncü, beşinci, altıncı ve yedinci bölümlerinde tanımlanan suçlar ile TMK kapsamına giren suçlardır.



öngörülmüştür<sup>32</sup>. Bir başka deyişle, maddede sayılan suçlar hariç olmak üzere 30 Mart 2020 tarihine kadar işlenen suçlardan dolayı hükümlü olan kişilerin denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazından yararlanabilmeleri için koşullu salıverilmelerine üç yıl veya daha az süre kalmış olması yeterlidir<sup>33</sup>. Ayrıca, geçici m. 6'ya 7242 sayılı Kanun'la eklenen 3. fıkra uyarınca, sadece açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitim evinde bulunan ya da açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları oluşmasına karşın iradesi dışındaki bir nedenle açık ceza infaz kurumuna ayrılamayan veya bu nedenle kapalı ceza infaz kurumuna geri gönderilen iyi hâlli hükümlüler değil, kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan iyi hâlli hükümlüler de bu infaz usulünden yararlanabilir.

CGTİHK'nin 105/A maddesinin ilk iki fıkrasında yapılan değişikliklere karşın, maddenin sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile maruz kaldıkları ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen hükümlülerin denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı usulünden yararlanabilmeleri için bulunması gereken şartlara ilişkin 3. fıkrasında ise herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak, geçici m. 6'da 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler bu hükümlüleri de etkiler niteliktedir. Geçici m. 6'ya yeni

<sup>32</sup> Doktrindeki bir görüşe göre, geçici m. 6'nın ilk fıkrasında yapılan değişiklik ile istisna tutulan suçların kapsamının genişletilmiş olmasına rağmen, bu suçlar arasında bulunan ve fakat 1 Temmuz 2016 tarihine kadar işlenmiş ve hükmün ilk halinde istisna kapsamında tutulmamış olanlar bakımından m. 105/A'nın 1. fıkrasında yer alan "bir yıl"lık sürenin "iki yıl" olarak uygulanmasına devam edilmesi gerekmektedir. Bu görüşün temelinde, TCK'nin "Zaman bakımından uygulama" başlıklı 7. maddesinin 3. fıkrasına göre; "*Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır.*" hükmü yer almaktadır. Bu bağlamda, her ne kadar hapis cezasının koşullu salıverilme öncesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı derhal uygulama ilkesinin istisnalarından birisi olarak sayılmamışsa da, "*koşullu salıverme bakımından hükümlünün lehine olan kanunun 'kül olarak değerlendirilmesi'*" gerektiği ifade edilmektedir. Bu değerlendirme sonucunda ise 1 Temmuz 2016 tarihine kadar işlenmiş ve hükmün ilk halinde istisna kapsamında tutulmamış olan TCK'nin 83., 94., 95. ve 96. maddelerinde düzenlenen suçları işleyen kişiler bakımından 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin aleyhe olduğu belirtilmektedir. Bkz. Akalın / Kaya / Sayan, s. 102, 103. Aksi yönde; derhal uygulama ilkesinin geçerli olduğuna ilişkin olarak bkz. Özbek, Veli Özer, *İnfaz Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 374, 375.

Ayrıca, her ne kadar uygulamada hapis cezasının koşullu salıverilme öncesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı bakımından derhal uygulama ilkesinin geçerli olduğu kabul edilebilse de bunun koşullu salıverilmeye bağlı bir müessese olduğundan bahisle TCK m. 7/3 kapsamındaki istisnalar arasında yer aldığına dair görüş için bkz. Şen, Ersan / Başer Berkün, Beyza, *Ceza İnfaz Kanunu Son Değişiklik Teklifi*, 2 Nisan 2020, <https://sen.av.tr/tr/makale/ceza-infaz-kanunu-son-degisiklik-teklifi>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021). Belirtilmelidir ki, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'nin 53. maddesinde de CGTİHK'ye eklenmesi öngörülen geçici madde 9'un ilk fıkrasında, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı bakımından aynı yönde bir düzenleme yapılması öngörülmekteydi. Teklifte öngörülen ve fakat 7242 sayılı Kanun'da yer almayan bu hüküm;

*"Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenen suçlar nedeniyle verilen mahkumiyet kararları bakımından 105/A maddesinin uygulanmasına ilişkin olarak, bu maddeyi ihdas eden Kanunla söz konusu maddede yapılan değişiklikten önceki ve sonraki hükümler bir bütün olarak ayrı ayrı değerlendirilir ve hükümlünün lehine olan düzenleme uygulanır. 105/A maddesinin değişiklikten önceki hükümleri değerlendirilirken, birinci fıkrasının (a) bendinde ve ikinci fıkrasında belirtilen altı aylık süre şartı ile birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen cezanın belirli bir süre infaz edilmesine ilişkin şart uygulanmaz."*

şeklindeydi. Bkz. "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi", Esas No: 2/2762, Tarih: 31 Mart 2020, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2762.pdf>, (Erişim tarihi: 01.04.2021).

<sup>33</sup> Böylece, altı yıl veya bundan daha az süreli hapis cezasına mahkûm olan bir kişinin girdi çıktı yapılmak suretiyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı usulünden yararlanması ve infaz kurumundan tahliye edilmesi mümkündür. Bkz. Atalay, Osman, "7242 sayılı Yeni İnfaz Yasasının Getirdikleri", *THD*, Cilt 15, Sayı 166, 2020, s. 1241; Demirbaş, s. 619; Mahmutoğlu, Fatih Selami, *Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi*, 12 Nisan 2020, <https://www.kanuneder.com.tr/article-read.php?a=5>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).



eklenen 2. fıkranın a bendinde; belirli suçlar hariç olmak üzere<sup>34</sup>, 30 Mart 2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, m. 105/A'nın 3. fıkrasında sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan kadın hükümlüler hakkında yer alan "iki yıl"lık sürenin "dört yıl" olarak uygulanacağı öngörülmüştür. Keza, maddeye yeni eklenen 2. fıkranın b bendine göre ise, yine aynı suçlar hariç olmak üzere<sup>35</sup>, 30 Mart 2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, maruz kaldıkları ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen "altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlüler" in "koşullu salıverilmeleri için ceza infaz kurumlarında geçirmeleri gereken süreler, azami süre sınırına bakılmaksızın 105/A maddesinde düzenlenen denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilebilir." Dolayısıyla, bahsi geçen suçlar bakımından, maruz kaldıkları ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen hükümlülerden altmışbeş yaşını bitirmiş olanların cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının "denetimli serbestlik" tedbiri uygulanmak suretiyle infazı, azami süre sınırı önem taşımaksızın mümkün kılınmıştır. Ayrıca, hükme göre, bu hükümlüler bakımından ağır bir hastalık, engellilik veya kocama hâlinin bulunduğu, Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca veya Adli Tıp Kurumunca düzenlenen bir raporla belgelendirilecektir. Böylece, m. 105/A'nın 3. fıkrasında belirtilenin aksine, ağır bir hastalık, engellilik veya kocama hâlinin Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenen ve fakat Adli Tıp Kurumunca onaylanmayan bir raporla da belgelendirilmesi mümkündür. Bunların yanı sıra, geçici m. 6'ya 7242 sayılı Kanun'la eklenen 3. fıkraya göre, 2. fıkranın a ve b bendi hükümleri kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan iyi hâlli hükümlüler hakkında da uygulanır.

Bunlara ek olarak, geçici m. 6'da 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerden bir diğeri de yetmiş yaşını bitirmiş olan hükümlülere ilişkindir. Maddeye yeni eklenen 2. fıkranın a bendinde; yukarıda da belirttiğimiz gibi belirli suçlar hariç olmak üzere<sup>36</sup>, 30 Mart 2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler hakkında m. 105/A'nın 3. fıkrasında yer alan "iki yıl"lık sürenin "dört yıl" olarak uygulanacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla, bahsi geçen suçlar bakımından, yetmiş yaşını bitirmiş ve koşullu salıverilmesine dört yıl veya daha az süre kalmış hükümlülerin de m. 105/A'nın 1. ve 2. fıkralarındaki infaz usulünden yararlanmaları mümkün kılınmıştır. Ayrıca, geçici m. 6'ya 7242 sayılı Kanun'la eklenen 3. fıkra uyarınca, kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan iyi hâlli hükümlüler de bu infaz usulünden yararlanabilir.

Bütün bu açıklamalarımız çerçevesinde, belirtmek gerekir ki, geçici m. 6'ya 7242 sayılı Kanun'la eklenen 4. fıkraya göre;

*"30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, tabi olduğu infaz rejimine göre belirlenen koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, üç gün; onsekiz yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak dikkate alınır."*

<sup>34</sup> Bu suçlar; TCK'deki kasten öldürme suçları (m. 81, m. 82, m. 83), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (m. 102, m. 103, m. 104, m. 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (m. 132, m. 133, m. 134, m. 135, m. 136, m. 137, m. 138) ve TCK'nin ikinci kitabının dördüncü kısmının dördüncü, beşinci, altıncı ve yedinci bölümlerinde tanımlanan suçlar ile TMK kapsamına giren suçlardır.

<sup>35</sup> Bkz. dn. 34.

<sup>36</sup> Bkz. dn. 34.

## II. Denetimli Serbestlik Kapsamındaki Yükümlülükler ve İnfaz Kurumuna İade

Yukarıda açıklanan şartları taşıyan ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezalarının infazını talep eden iyi hâlli hükümlülerin cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına, ceza infaz kurumu idaresince hükümlü hakkında hazırlanan değerlendirme raporu dikkate alınarak, hükmün infazına ilişkin işlemleri yapan Cumhuriyet başsavcılığının bulunduğu yer infaz hâkimi tarafından karar verilebilir. (m. 105/A-1). Cezasının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının “denetimli serbestlik” tedbiri uygulanmak suretiyle infaz kurumu dışında infaz edilmesine karar verilen bir hükümlü, bu süre zarfında m. 105/A’da öngörülen yükümlülüklerin bir veya birden fazlasına tabi tutulmaktadır. 7242 sayılı Kanun’un kabul edilerek yürürlüğe girmesinin hem öncesinde hem de sonrasında, bu yükümlülükler, maddenin 5. fıkrasında; kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılma (bent a), bir konut veya bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulma (bent b), belirlenen yer veya bölgelere gitmeme (bent c) ve belirlenen programlara katılma (bent d) şeklinde belirlenmiştir. Hükümlünün hangi yükümlülüklere tabi tutulacağına denetimli serbestlik müdürlüğüne karar verilecek olup hükümlünün, risk ve ihtiyaçları dikkate alınarak, yükümlülüklerinin değiştirilmesi de mümkündür<sup>37</sup>.

Eğer hükümlü, hakkında belirlenen yükümlülüklerle, denetimli serbestlik müdürlüğünün hazırladığı denetim ve iyileştirme programına, denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerileriyle hakkında hazırlanan denetim planına uymamakta ısrar ederse, cezasının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının infazı için hükümlünün açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilir (m. 105/A-6-b)<sup>38</sup>. Bunun yanı sıra, hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazına karar verilen bir hükümlünün, ceza infaz kurumundan ayrıldığı günü takip eden günden itibaren beş gün içerisinde, talebinde belirttiği denetimli serbestlik müdürlüğüne müracaat etmesi gerekmektedir. Hükümlünün, ceza infaz kurumundan ayrıldıktan sonra, talebinde belirttiği denetimli serbestlik müdürlüğüne beş gün içinde müracaat etmemesi (m. 105/A-6-a) ya da bizzat kendisinin ceza infaz kurumuna geri dönmek istemesi (m. 105/A-6-c) durumlarında da cezasının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının infazı için açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilecektir. Belirtilmelidir ki, maddenin 6. fıkrasının a bendinde belirtilen “beş gün” ibaresi, 7242 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik öncesinde “üç gün” olup bu Kanun’la birlikte beş güne çıkarılmıştır. Ancak, CGTİHK’ye 7242 sayılı Kanun’la eklenen “geçici madde 9”ün 3. fıkrasında, 1 Ocak 2021 tarihine kadar bu beş günlük sürenin “yirmibeş gün” olarak uygulanacağı öngörülmüştür. Bu sayılan hâllerde, hükümlünün, cezasının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının infazı için açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, denetimli serbestlik müdürlüğünün bulunduğu yer infaz hâkimi tarafından karar verilir (m. 105/A-6)<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Bu yükümlülükler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği m. 83-89.

<sup>38</sup> 7242 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikte, m. 105/A’nın 6. fıkrasında yer alan “kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine” ibaresi “açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine” şeklinde değiştirilmiştir. Bkz. 7242 sayılı Kanun m. 46.

<sup>39</sup> 7242 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik öncesinde, m. 105/A’nın 6. fıkrasında, bu kararın “infaz hâkimi” tarafından verileceği belirtilmişken, yapılan değişiklik sonrasında bu ibare, “denetimli serbestlik müdürlüğünün bulunduğu yer infaz hâkimi” hâline gelmiştir. Bkz. 7242 sayılı Kanun m. 46.

Diğer taraftan, CGTİHK'ye 7242 sayılı Kanun'la eklenen “geçici madde 9”ün 5. fıkrasında, “COVID-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle”, cezasının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının “denetimli serbestlik” tedbiri uygulanmak suretiyle infaz kurumu dışında infaz edilmesine karar verilen hükümlülerin 31 Mayıs 2020 tarihine kadar izinli sayılmaları ve haklarında CGTİHK'nin 95. ve 97. maddelerinde yer alan hükümlerin uygulanması öngörülmüştür<sup>40</sup>. Hükme göre, salgının devam etmesi hâlinde bu süre Sağlık Bakanlığı'nın önerisi üzerine Adalet Bakanlığı tarafından, her defasında iki ayı geçmemek üzere “üç kez” uzatılabilecektir. Ancak, bahsi geçen “üç kez” ibaresi, 11 Kasım 2020 tarihinde kabul edilen ve 17 Kasım 2020 tarihli ve 31307 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7256 sayılı Kanun'la, “yedi kez” şeklinde değiştirilmiştir<sup>41</sup>. Nitekim, son olarak, Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü'nün önerisi doğrultusunda, bu izin süreleri 31 Mart 2021 tarihinden itibaren iki ay süreyle uzatılmış durumdadır<sup>42</sup>. Böylece, pandemiden kaynaklanan risk nedeniyle, söz konusu hükümlüler halihazırda izinli sayılmak suretiyle denetim dışına

<sup>40</sup> Bahsi geçen hüküm şu şekildedir:

“Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle, açık ceza infaz kurumlarında bulunanlar ile kapalı ceza infaz kurumunda bulunup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanan hükümlüler, 105/A maddesi kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına karar verilen hükümlüler ve 106 ncı madde veya diğer kanunlar uyarınca denetimli serbestlik tedbirinden yararlanan hükümlüler, 31/5/2020 tarihine kadar izinli sayılır. Salgının devam etmesi hâlinde bu süre, Sağlık Bakanlığının önerisi üzerine Adalet Bakanlığı tarafından her defasında iki ayı geçmemek üzere üç kez uzatılabilir. Bu fıkra uyarınca izinli sayılanlar hakkında 95 ve 97 nci madde hükümleri uygulanır.”

<sup>41</sup> Bkz. 7256 sayılı Kanun m. 31.

7256 sayılı “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, Resmi Gazete, 17.11.2020-31307, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/11/20201117-1.htm>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Çalışmamızın yayımlanmak üzere incelenmesi sürecinde ise bu ifade; 8 Temmuz 2021 tarihinde kabul edilen ve 14 Temmuz 2021 tarihli ve 31541 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7331 sayılı Kanun'la, “dokuz kez” şeklinde değiştirilmiştir. Bkz. 7331 sayılı Kanun m. 25.

7331 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, Resmi Gazete, 14.07.2021-31541, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/07/20210714-8.htm>, (Erişim Tarihi: 20.08.2021).

<sup>42</sup> T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, “7242 Sayılı Kanun Kapsamında Bazı Hükümlüler İçin Uygulanan Covid-19 İzni ile İlgili Duyuru”, Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü - Duyurular, 29 Mart 2021, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/7242-sayili-kanun-kapsaminda-bazi-hukumluler-icin-uygulanan-covid-19-izni-ile-ilgili-duyuru29032021044547>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Çalışmamızın yayımlanmak üzere incelenmesi sürecinde, bu izin süreleri; Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü'nün önerisi doğrultusunda, ilk olarak 31 Mayıs 2021 tarihinden itibaren iki ay süreyle, daha sonra 31 Temmuz 2021 tarihinden itibaren iki ay süreyle ve son olarak da 30 Eylül 2021 tarihinden itibaren iki ay süreyle uzatılmış durumdadır. Bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, “7242 Sayılı Kanun Kapsamında Bazı Hükümlüler İçin Uygulanan Covid-19 İzni ile İlgili Duyuru”, Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü - Duyurular, 28 Mayıs 2021, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/7242-sayili-kanun-kapsaminda-bazi-hukumluler-icin-uygulanan-covid-19-izni-ile-ilgili-duyuru28052021075452>, (Erişim Tarihi: 21.08.2021); T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, “7242 Sayılı Kanun Kapsamında Bazı Hükümlüler İçin Uygulanan Covid-19 İzni ile İlgili Duyuru”, Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü - Duyurular, 30 Temmuz 2021, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/7242-sayili-kanun-kapsaminda-bazi-hukumluler-icin-uygulanan-covid-19-izni-ile-ilgili-duyuru30072021013757>, (Erişim Tarihi: 21.08.2021); T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, “7242 Sayılı Kanun Kapsamında Bazı Hükümlüler İçin Uygulanan Covid-19 İzni ile İlgili Duyuru”, Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü - Duyurular, 29 Eylül 2021, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/7242-sayili-kanun-kapsaminda-bazi-hukumluler-icin-uygulanan-covid-19-izni-ile-ilgili-duyuru29092021054324>, (Erişim Tarihi: 15.10.2021).

çıkarılmışlardır<sup>43</sup>. Ancak, CGTİHK'nin 93/1. maddesi uyarınca, izinde geçen bu süreler hükümlülükte geçmiş sayılacaktır<sup>44</sup>.

CGTİHK'nin 105/A maddesinde, ayrıca, “denetimli serbestlik müdürlüğüne müracaat etmesi gereken sürenin bitiminden itibaren iki gün geçmiş olmasına karşın müracaat etmeyenler ile ceza infaz kurumuna iade kararı verilmesine rağmen iki gün içinde en yakın Cumhuriyet başsavcılığına teslim olmayan hükümlüler hakkında”<sup>45</sup>, TCK'nin 292. ve 293. maddelerinde yer alan hükümlü veya tutuklunun kaçması suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı da öngörülmüştür (m. 105/A-8)<sup>46</sup>. Keza, geçici m. 9'un 5. fıkrasında, izinli sayılan hükümlüler hakkında da CGTİHK'nin 95. ve 97. maddelerinde yer alan hükümlerin uygulanacağı öngörülmüş olduğundan, m. 97/1'de belirtildiği üzere, izinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler hakkında da TCK'nin 292 vd. maddelerinde yazılı hükümlerin uygulanması gerekmektedir<sup>47</sup>.

Bunların dışında, CGTİHK'nin 105/A maddesinin 7242 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenen 7. fıkrasına göre;

*“Hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suçtan dolayı kamu davası açılmış olması hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine infaz hâkimi tarafından, hükümlünün açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar*

<sup>43</sup> “COVID-19 Salgınının Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku, Vergi Hukuku ve Milletlerarası Hukuk Alanında Sebebiyet Verdiği veya Verebileceği Sorunlar ve Bunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, İ. Özgenç (Bölüm Editörü), TÜBA COVID-19 Küresel Salgını: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu. COVID-19 Salgını Dolayısıyla Ulusal veya Uluslararası Alanda Ortaya Çıkan/Çıkabilecek Hukuki Sorunların Tespiti ile Bunların Çözümüne Yönelik Öneriler Raporu, İ. Özgenç, H. Akkanat, H. Çağlar, H. H. Sümer, M. Özekes (Editörler), Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, TÜBA Raporları No: 36, Temmuz 2020, Ankara, s. 23; Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Seçkin, Ankara, 2020, s. 824, 825, dn. 169; Ölmez, Gökhan / Ünal, Osman Gazi / Karabulut, Efe Can / Kaya, Funda, *İnfaz Hukuku*, 3. Baskı, İ. Özgenç, C. Şahin (Editörler), Seçkin, Ankara, 2020, s. 137.

<sup>44</sup> “COVID-19 Salgınının Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku, Vergi Hukuku ve Milletlerarası Hukuk Alanında Sebebiyet Verdiği veya Verebileceği Sorunlar ve Bunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, s. 24; Şen, Ersan / Başer Berkün, Beyza, “7242 sayılı Ceza İnfaz Kanunu Değişikliği”, *Hukuki Haber*, 14 Nisan 2020, <https://www.hukukihaber.net/7242-sayili-ceza-infaz-kanunu-degisikligi-makale,7705.html>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

<sup>45</sup> 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, bu hükümde yer alan “kapalı ceza infaz kurumuna iade kararı verilmesine rağmen” ibaresindeki “kapalı” sözcüğü metinden çıkarılmıştır. Bkz. 7242 sayılı Kanun m. 46.

<sup>46</sup> Bu husustaki açıklamalar için bkz. Gökçen, Ahmet / İçer, Zafer, “Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması, Öngörülen Sürede İlgili Mercilere Teslim Olmaması Suçları (TCK m. 292, 293; CGTİK m. 97-1, 105-A-8, 58-3)”, *ABÜHFD*, Cilt 8, Sayı 16, 2020, s. 743 vd; Ünver, Yener, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'de Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 601, 602.

<sup>47</sup> Bu husustaki açıklamalar için bkz. Gökçen / İçer, s. 740 vd.

TCK'nin 292. maddesinde düzenlenen suçun ancak icrai davranışla işlenebileceği; bu nedenle de CGTİHK m. 105/A-8, geçici m. 9/5 vb.'de bulunan bu gibi hükümlerin kanunilik ilkesi bakımından ve düzenleme içerikleri itibarıyla problemli olduğu hakkındaki açıklamalar için bkz. “COVID-19 Salgınının Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku, Vergi Hukuku ve Milletlerarası Hukuk Alanında Sebebiyet Verdiği veya Verebileceği Sorunlar ve Bunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, s. 25. Aynı yönde; Özgenç, İzzet, “İzinli’ Olarak İnfaz Kurumu Dışına Çıkarılan Hükümlünün Süresinde İzinden Dönmemesi Halinde Ceza Hukuku Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay 16. Ceza Dairesi Kararının Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. İzzet Özgenç Ceza Hukuku Sitesi*, 28 Ağustos 2020, <https://izzetozgenc.com/makale/“izinli”-olarak-infaz-kurumu-disina-cikarilan-hukumlunun-suresinde-izinden-donmemesi-halinde-ceza-hukuku-sorumluluguna-iliskin-yargitay-16-ceza-dairesi-kararinin-degerlendirilmesi>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021). Ayrıca, TCK m. 292 ve m. 293 hükümlerinin uygulanmasının suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu yönünde; Sanıvar, s. 314.



verilebilir. Kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi hâlinde, hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak devam olunmasına infaz hâkimi tarafından karar verilir.”

Esasen, 7242 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik öncesinde, bahsi geçen 7. fıkranın ilk hâlinde yer alan hüküm Anayasa Mahkemesi’nin kararlarıyla iptal edilmiş durumdaydı<sup>48</sup>. Hükümün mevcut hâli itibarıyla, eğer hükümlü hakkında, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra kasıtlı bir suç işlediğinden bahisle kamu davası açılır ve söz konusu suç, cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç olursa denetimli serbestlik düşebilir. Bu bağlamda, denetimli serbestliğin düşmesine, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine infaz hâkimi tarafından karar verilebilecek olup bu doğrultuda bir karar verildiği takdirde, hükümlü, açık ceza infaz kurumuna gönderilecektir<sup>49,50</sup>. Hükümün lafzından da anlaşıldığı üzere, yukarıda açıklanan denetimli serbestliği sona erdiren hâllerin aksine, bu kararın verilmesi zorunlu olmayıp takdiri niteliktedir<sup>51</sup>. Öte yandan, hükümlü hakkında

<sup>48</sup> İptal edilen hüküm şu şekildeydi:

“Hükümlü hakkında;

a) İşlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 100 üncü maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi,

b) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlanmasından önce işlediği iddia olunan ve cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturmayla devam edilmesi,

c) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması,

hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, infaz hâkimi tarafından, hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilir. Hükümlü hakkında soruşturma sonucunda kovuşturmayla yer olmadığı veya kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi hâlinde, hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak devam olunmasına infaz hâkimi tarafından karar verilir.”

Bu hükümün a bendi ile son paragrafının birinci ve ikinci cümleleri Anayasa Mahkemesi’nin 09.04.2014 tarihli ve E. 2014/14, K. 2014/77 sayılı kararı; b ve c bentleri ise Anayasa Mahkemesi’nin 26.12.2013 tarihli ve E. 2013/133, K. 2013/169 sayılı kararı ile iptal edilmişti.

Bkz. Anayasa Mahkemesi 09.04.2014 tarihli ve E. 2014/14, K. 2014/77 sayılı karar, *Resmi Gazete*, 23.05.2014-29008, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140523-26.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021); Anayasa Mahkemesi 26.12.2013 tarihli ve E. 2013/133, K. 2013/169 sayılı karar, *Resmi Gazete*, 09.01.2014-28877, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140109-14.doc>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

<sup>49</sup> Hükümün, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önceki hâlinde ise hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verileceği öngörülmekteydi.

<sup>50</sup> Bu hükme yönelik olarak, bu düzenleme ile suçsuzluk karinesinin ihlal edildiğine ve yargılamaların uzun sürdüğü göz önünde bulundurulduğunda, hakkındaki beraat kararının kesinleşmesine kadarki süreçte hükümlünün ceza infaz kurumunda tutulmasına sebebiyet verileceğine ilişkin eleştiriler için bkz. Akalın / Kaya / Sayan, s. 99-101; “Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekili Denizli Milletvekili Cahit Özkan, Milliyetçi Hareket Partisi Grup Başkanvekili Sakarya Milletvekili Muhammed Levent Bülbül ve Afyonkarahisar Milletvekili Ali Özkaya ile 57 Milletvekilinin Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2762) ve Adalet Komisyonu Raporu”, TBMM, Yasama Dönemi/Yılı: 27/3, Sıra Sayısı: 207, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss207.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021), s. 53. Aynı yönde; Yenidünya, s. 71. Ayrıca, bu düzenlemenin yerinde olmadığı ve diğer düzenlemelerle birlikte değerlendirildiğinde çelişkili nitelik taşıdığı hakkında bkz. Mahmutoğlu, <https://www.kanuneder.com.tr/article-read.php?a=5>; Çakır, s. 693.

Buna karşın, bu düzenlemenin suçsuzluk karinesi ile bir ilgisinin olmadığı ve fakat çelişkili, yanlış ve uygulamada sorunlara yol açıcı nitelikte olduğu yönündeki görüş ve eleştiriler için bkz. Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem / Koca, Mahmut, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi”nin Değerlendirilmesi, 6 Nisan 2020, <https://hacibayram.edu.tr/turkcermer/bilimselgorus1>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021), s. 6; Koca / Üzülmüş, s. 634-638.

<sup>51</sup> Hükümün, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önceki hâlinde ise “karar verilebilir” değil, “karar verilir” ibaresi yer almaktaydı.



açıklan kamu davası neticesinde beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verildiği takdirde, infaz hâkimi tarafından, hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak devam edilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

Nihayet, cezasının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının “denetimli serbestlik” tedbiri uygulanmak suretiyle infaz kurumu dışında infaz edilmesine karar verilen bir hükümlü, bu süreci yükümlülüklerin gereklerine ve denetim planına uygun davranarak tamamladığı takdirde, hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından hazırlanan gerekçeli rapor, CGTİHK'nin 107. ve 108. maddeleri uyarınca işlem yapılmak üzere infaz hâkimliğine gönderilir (m. 105/A-9)<sup>52</sup>.

### III. 7242 Sayılı Kanun'un CGTİHK'de Değişiklikler Öngören Hükümlerinin Kabulünün COVID-19 Salgını ile Bağlantısı

Çalışmamızın giriş bölümünde de açıklandığı üzere, 7242 sayılı Kanun'un kabul ve yürürlüğe giriş tarihleri, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de COVID-19'un hızla yayıldığı ve salgına karşı giderek artan şekilde önlemlerin alındığı bir döneme tekabül etmektedir. Her ne kadar 7242 sayılı Kanun'a esas teşkil eden 2/2762 Esas No'lu “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi” 31 Mart 2020 tarihli olsa da, yeni bir infaz düzenlemesinin yapılması birkaç yıldır gündemde olup<sup>53</sup> uzunca bir zamandır kamuoyunun gündemini meşgul eden af tartışmaları da 7242 sayılı Kanun'un kabulüyle sona ermiştir<sup>54</sup>. Bir başka deyişle, infaz yasasında değişiklik yapılması düşüncesi aslında bahsi geçen Teklif'in sunulduğu ve kanunlaştığı birkaç hafta içerisinde ortaya çıkmış değildir. Ancak, infaz yasasında yapılması öngörülen değişikliklerin içerik itibarıyla 2/2762 Esas No'lu Kanun Teklifi ile somutlaştırıldığını ve ilgili hükümlerin, birkaç hafta içerisinde, ivedi bir şekilde nihai hâline kavuşturulduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır. Diğer taraftan, hızla yapılan bu değişiklikler, pek çok tartışma ve eleştiriyi de beraberinde getirmiş durumdadır. Bu durum, bahsi geçen 7242 sayılı Kanun'un hızlı bir şekilde kabul edilerek yürürlüğe koyulduğu dönemin özelliği göz önünde bulundurulduğunda, CGTİHK'de söz konusu değişikliklerin yapılması konusundaki bu acelenin COVID-19'la bir bağlantısının olup olmadığı sorusunu akıllara getirmektedir.

Bilindiği üzere, COVID-19 virüsünün kişiden kişiye bulaşma oranının yüksek olması, hastalığın bu kadar hızlı bir şekilde yayılmasının başlıca sebeplerinden birisidir. Bu bağlamda, çok sayıda kişinin bir arada bulunduğu, kalabalık ortamlar virüsün kolaylıkla bir kişiden bir başkasına bulaşabileceği yerler arasındadır. Nitekim, kalabalık ortamlardan uzak durulmasının ve başka kişilerle bir aradayken sosyal mesafenin korunmasının pek çok uzman tarafından ve hatta Sağlık Bakanlığımızca, virüsten korunmak için alınabilecek önlemler arasında tavsiye edildiği bilinmektedir. Ancak, bazı kişi ve gruplar için, sosyal mesafenin korunması bireysel tercihlere bağlı olmayabilir. Bu bağlamda, çok sayıda kişinin bir arada bulunduğu ceza infaz kurumları da

<sup>52</sup> Fıkra, gerekçeli raporun “ilgili mahkemeye” gönderileceği belirtilmiş olmakla birlikte, 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle, koşullu salıverilme kararının verilmesi veya bu kararın geri alınması hususunda infaz hâkimi yetkili kılınmış olup hükümde yer alan “mahkemeye” ibaresinin değiştirilmesi gereği gözden kaçırılmıştır. Bkz. Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 827, dn. 171.

<sup>53</sup> Akgün, Mert Hüseyin, “İnfaz Reformu Neler Getiriyor?”, *SETA Perspektif*, Sayı 270, Nisan 2020, <https://setav.org/assets/uploads/2020/04/P270.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021), s. 1.

<sup>54</sup> Limoncu, s. 58.

virüsün hızla yayılabileceği yerler arasında olup doluluk oranı fazla olan cezaevlerinde, sosyal mesafenin korunmasına ve hijyenin sağlanmasına yönelik önlemler yetersiz kalabilmektedir. Ceza infaz kurumlarında kalanların COVID-19'dan daha kolay bir şekilde etkilenebileceği, 2020 yılının ilk aylarında çeşitli çevrelerce de dile getirilmiştir. Bu çerçevede, 2/2762 Esas No'lu Kanun Teklifi'nin sunulduğu tarihe kadar olan dönemde; WHO tarafından da ceza infaz kurumlarındaki kişilerin COVID-19'a karşı daha savunmasız gruplar arasında yer aldıkları vurgulanmıştır. WHO'nun bu tespitinin temelinde, bu insanların hastalığın bulaşmasını kolaylaştırıcı bir şekilde, uzun süre aynı ortamda ve birbirlerine yakın mesafede yaşamaları ve ceza infaz kurumu koşullarından kaynaklanan çeşitli nedenlerle enfeksiyonlardan genel nüfusa göre daha kolay etkilenebilmeleri yer almaktadır<sup>55</sup>. Bu bağlamda, ceza infaz kurumlarının aşırı kalabalık oluşuna dikkat çekilmiş ve yetkililer tarafından bu kurumların aşırı yoğunluğunu gidermek için acil adımlar atılmasının da COVID-19'a karşı alınacak önleyici tedbirler arasında yer aldığı<sup>56</sup>; infaz aşaması dahil olmak üzere ceza yargılamasının öncesindeki ve sonrasındaki tüm aşamalarda hapis dışı önlemlere başvurulmasına daha fazla önem verilmesi gerektiği<sup>57</sup> ve belirli bazı kişiler bakımından hapis dışı tedbirler ile koşullu salıverilmenin uygulanmasına öncelik verilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>58</sup>. Keza, Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi (UNODC) tarafından da ceza infaz kurumlarındaki mahkûmlar çok kısıtlı bir alanda, birbirlerine yakın şekilde yaşadıkları ve bu kişilerin sağlık durumları toplumun geri kalanına kıyasla önemli ölçüde daha kötü olma eğiliminde olduğu için, ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler ile cezaevi personelinin COVID-19 bakımından risk altında olduklarına dikkat çekilmiştir<sup>59</sup>. UNODC'ye göre, pek çok ülkede ceza infaz kurumları aşırı kalabalık hâle gelmiştir. Bu durumda sıkışık barınma alanları, kötü hijyen, havalandırma ve beslenme koşulları ile pek çok ceza infaz kurumu sistemindeki yetersiz sağlık hizmetleri, hastalıkların bulaşmasını kontrol altında tutmaya yönelik önlemleri zayıflatarak COVID-19'un bulaşma ve yayılma riskini önemli ölçüde artıracak olduğundan, bu kurumlar COVID-19 bakımından tehlikeli ortamlardır. UNODC, ülkemizin de içinde bulunduğu birçok ülkede mahkûmlar ve/veya cezaevi personeli arasında doğrulanmış COVID-19 vakalarının bulunduğu bildirildiğinin ve bu sayının ilerleyen zamanlarda önemli ölçüde artacağını neredeyse kesin olduğunun altını çizmiş; pek çok ceza infaz kurumunun aşırı kalabalık oluşunu, bu yerlerde yeni bir pandemiye karşı temel önleme ve kontrol tedbirlerinin başlatılmasına hazır

<sup>55</sup> Bkz. World Health Organization Regional Office for Europe, *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention*, 15 Mart 2020, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/336525/WHO-EURO-2020-1405-41155-55954-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021), s. 1, 2; World Health Organization Regional Office for Europe, *Frequently asked questions about prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention (produced by WHO/Europe)*, 2020, [https://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0008/436904/prisons-FAQ-COVID-2019.pdf](https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/436904/prisons-FAQ-COVID-2019.pdf), (Erişim Tarihi: 01.04.2021), s. 1.

<sup>56</sup> World Health Organization Regional Office for Europe, *Frequently asked questions about prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention (produced by WHO/Europe)*, s. 2, 3.

<sup>57</sup> World Health Organization Regional Office for Europe, *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention*, s. 4.

<sup>58</sup> World Health Organization Regional Office for Europe, *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention*, s. 3; World Health Organization Regional Office for Europe, *Frequently asked questions about prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention (produced by WHO/Europe)*, s. 4.

<sup>59</sup> United Nations Office on Drugs and Crime, *Position Paper: COVID-19 preparedness and responses in prison*, 31 Mart 2020, [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC\\_Position\\_paper\\_COVID-19\\_in\\_prisons.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_Position_paper_COVID-19_in_prisons.pdf), (Erişim Tarihi: 01.04.2021), s. 2.

olunmamasının sebeplerinden birisi olarak değerlendirmiştir. UNODC, COVID-19'un devletlerce ceza infaz kurumlarındaki yoğunluğun azaltılması için ek yollar bulunmasını da gerektirecek olduğunu ifade etmiştir. Bu kapsamda, ceza infaz kurumlarındaki nüfusun azaltılarak COVID-19'un yayılmasının önlenmesi ve kontrolü bakımından, genel olarak hapis cezasına başvurmanın yeniden gözden geçirilmesi ve özel olarak ise COVID-19'dan etkilenme riski taşıyan hükümlü kategorilerinin belirlenmesi, yargılama öncesinde tutukluluğa alternatiflerin tercih edilmesi, belirli cezaların hafifletilmesi veya geçici olarak infazının ertelenmesi, özellikle COVID-19'un belirli riskler oluşturduğu hükümlüler ve diğer seçilmiş hükümlü kategorileri için serbest bırakma mekanizmalarının işletilmesi ile bu bağlamda, şartlı veya erken tahliye planları ve salıverilmesi kamu güvenliğini tehlikeye atmayacak kategorilerdeki hükümlüler için aflar öngörülmesi gibi tedbirlere dikkat çekmiştir. UNODC'ye göre, gözaltının ve hapis cezasının doğasında var olan kapalı ortamlar, kendileri için bir alternatif öngörülemez kişilerle sınırlandırılmalıdır<sup>60</sup>. Bunların dışında, Kuruluşlararası Daimi Komite (IASC) tarafından da ceza infaz kurumlarında kalan kişilerin virüse maruz kalmaları ihtimali bakımından benzer kaygılar dile getirilmiştir. IASC tarafından, infaz kurumlarında kalan kişilerin sağlığının korunmasının aynı zamanda kurum personelinin ve genel olarak toplumun korunmasına da hizmet ettiğinin ve gerekli tedbirlerin alınmamasının salgının halka da yayılması sonucunu doğuracağı -devletlerin, uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerine de atıf yapılarak- vurgulandığı görülmektedir<sup>61</sup>. IASC; cezalandırma aşamasında koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik gibi hapis dışı tedbirlerin ve özellikle yaşlılar, hastalar veya COVID-19 bakımından risk grubunda olan diğer kişiler için erken ve şartlı tahliyenin uygulanabileceğini ifade etmiştir<sup>62</sup>. Benzer şekilde, Uluslararası Ceza Reformu (PRI) tarafından yayımlanan 16 Mart 2020 tarihli bilgilendirme notunda da ceza infaz kurumlarının aşırı kalabalık olmasının, herhangi bir bulaşıcı hastalık salgını bakımından yüksek bir risk oluşturduğu ve devletlerin sağlıkla ilgili acil durumlarda sağlık hizmeti sunma yükümlülüklerini yerine getirmeleri açısından dikkate değer zorluklara yol açtığı vurgulanmıştır<sup>63</sup>. PRI'ya göre; COVID-19'un yayılmasından kaynaklanabilecek ciddi sonuçların önlenmesi adına, ceza infaz kurumlarında bulunan ve en fazla risk altında olan gruplar - özellikle de yaşlılar ile fiziksel ve zihinsel sağlık sorunları olanlar- ile hafif veya şiddet içermeyen suçlardan hüküm giyenlerin derhal tahliye edilmesi; ayrıca, şartlı tahliye gibi hapis dışı alternatiflerin acil bir önlem olarak devreye sokulması gerekmektedir<sup>64</sup>. Bunlara ek olarak, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiseri (*Michelle Bachelet*) tarafından da 25 Mart 2020 tarihinde, hükümetlere, COVID-19 pandemisini kontrol altına almaya yönelik genel çabaların bir parçası olarak, tutukevlerindeki ya da diğer kapalı tesislerdeki kişilerin sağlık ve güvenliğini korumak için acil olarak eyleme geçmeleri çağrısında bulunulmuştur<sup>65</sup>. İnsan Hakları

<sup>60</sup> United Nations Office on Drugs and Crime, s. 2-5.

<sup>61</sup> IASC, *Interim Guidance. COVID-19: Focus on Persons Deprived of Their Liberty*, Mart 2020, <https://www.europis.org/wp-content/uploads/2020/03/IASC-Interim-Guidance-on-COVID-19-Focus-on-Persons-Deprived-of-Their-Liberty.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.08.2021), s. 2.

<sup>62</sup> IASC, s. 3.

<sup>63</sup> Penal Reform International, *Coronavirus: Healthcare and human rights of people in prison*, 16 Mart 2020, <https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2020/03/FINAL-Briefing-Coronavirus.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.08.2021), s. 10, 11.

<sup>64</sup> Penal Reform International, s. 11.

<sup>65</sup> Bkz. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "Urgent action needed to prevent COVID-19 'rampaging through places of detention' - Bachelet", *United Nations Human Rights Office of the High*

Yüksek Komiseri; pek çok devlette ceza infaz kurumlarının aşırı kalabalık olduğunu, insanların genellikle hijyenik olmayan ve sağlık hizmetlerinin yetersiz olduğu ya da bulunmadığı koşullarda tutulduğunu ve bu şartlar altında fiziksel mesafenin ve kendi kendini izole etmenin fiilen imkansız olduğunu vurgulamıştır. İnsan Hakları Yüksek Komiseri ayrıca, cezaevlerinde ve diğer kurumlarda hastalığın görülmeye başlandığının ve ölü sayılarının giderek yükseldiğinin bildirildiği devlet sayısının giderek arttığına dikkat çekmiş ve hapsedmeye bu kriz sırasında son çare olarak başvurulması gerektiğini belirtmiştir<sup>66</sup>. Bunların yanı sıra, Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamelenin veya Cezanın Önlenmesi Komitesi (CPT) tarafından 20 Mart 2020 tarihinde yayımlanan “Koronavirüs (Covid-19) pandemisi bağlamında özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilere yönelik muameleye ilişkin ilkeler bildirisi”nde yer verilen ilkelerden birinde de (beş numaralı ilke) yakın fiziksel temas virüsün yayılmasına sebebiyet verdiği için, tüm ilgili makamların özgürlükten yoksun bırakma yerine alternatif yöntemlerin kullanılması yönünde işbirliği içinde çaba göstermesi gerektiği; böyle bir yaklaşımın benimsenmesinin özellikle aşırı kalabalık kurumlar bakımından zorunlu olduğu ve yetkililerin, yargılama öncesi tutukluluk yerine alternatif tedbirlere daha sık başvurulması, cezaları hafifletmesi ve erken tahliye ile denetimli serbestlik seçeneklerinden daha fazla yararlanması gerektiği belirtilmiştir<sup>67</sup>. Keza, Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezanın Önlenmesi Alt Komitesi tarafından 25 Mart 2020 tarihinde kabul edilen “Koronavirüs pandemisi ile ilgili olarak taraf devletlere ve ulusal önleme mekanizmalarına yönelik tavsiye”de de bütün devletler; “Tokyo Kuralları’nda öngörüldüğü üzere belirtilen hapis dışı önlemleri tam olarak dikkate almak” suretiyle, “ceza infaz kurumlarında kalan kişiler için - yapılması onlar bakımından güvenli olduğu takdirde- erken, şartlı veya geçici tahliye planları uygulayarak” mümkün olduğunca ceza infaz kurumlarındaki nüfusu azaltmaya teşvik edilmiştir<sup>68</sup>. Tavsiye’de ayrıca, devletlerin, infaz kurumlarında tutulanlar arasında “en fazla risk altında olan kişileri belirlemek için, bütün belirli savunmasız grupları göz önünde bulundurarak acil değerlendirmeler yapmaları” ve “doluluğun resmi kapasiteyi aştığı” ve sosyal mesafenin gereği gibi korunamadığı alıkonulma yerlerine özel önem vermeleri gerektiği ifade edilmiştir<sup>69</sup>.

Söz konusu dönemde, çeşitli devletlerde de yetkililerce bütün bu açıklamalarda yer alanlara benzer hususların göz önünde bulundurulmaya başlandığı anlaşılmaktadır. Avrupa Cezaevleri ve Islah Hizmetleri Kuruluşu (EuroPris) tarafından, 30 Mart 2020 tarihinde; Avrupa’daki cezaevlerinde COVID-19’a karşı alınan önlemlerin neler olduğuna dair, ilgili ülkelerdeki ceza infaz kurumu yetkililerden toplanan bilgilere dayanan genel bir bilgilendirme yazısı

*Commissioner - News and Events, 25 Mart 2020, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).*

<sup>66</sup> United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745>.

<sup>67</sup> European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), *Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease (Covid-19) pandemic*, 20 Mart 2020, <https://rm.coe.int/16809cfa4b>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

<sup>68</sup> Bkz. paragraf 9, 2 no’lu tavsiye. Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *Advice of the Subcommittee on Prevention of Torture to States Parties and National Preventive Mechanisms relating to the Coronavirus Pandemic*, 25 Mart 2020, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/OPCAT/AdviceStatePartiesCoronavirusPandemic2020.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021), s. 3.

<sup>69</sup> Bkz. paragraf 9, 1 ve 3 no’lu tavsiyeler. Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, s. 3.



yayımlanmıştır. Bu yazıya göre, çeşitli devletlerde bazı cezaların ev hapsi ve elektronik izleme gibi alternatif tedbirlere dönüştürülmesi talep edilmiş ve cezaları kısa olan hükümlüler ile belirli suçlardan hüküm giyenler için erken tahliye seçeneği değerlendirilmeye başlanmıştır<sup>70</sup>. Nitekim, 2020 yılının Aralık ayında yayımlanan bir araştırmaya göre de Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiseri'nin yukarıda bahsi geçen çağrısı üzerine, devletler tarafından, salgının önlenmesi için ceza infaz kurumlarının kalabalıklığını azaltıcı tedbirleri de içeren çeşitli önlemler alınmaya başlanmıştır<sup>71</sup>. Araştırmaya göre, 2020 yılının Mart ve Haziran ayları arasında; COVID-19'a karşı bir önlem olarak ceza infaz kurumlarının yoğunluğunu azaltıcı tedbirler uyguladığını resmen açıklayan elli üç adet eyalet ve devlette en az dört yüz yetmiş beş bin (475.000) tutuklu ve hükümlü salıverilmiş olup bunların hepsinde -yasal dayanağı değişmekle birlikte- hükümlülerin erken tahliyesine, yaklaşık %17'sinde ise geçici tahliyesine imkan sağlayan bir uygulama yöntemi benimsenmiştir<sup>72</sup>. Gerçekten de, ülkemizde 2/2762 Esas No'lu Kanun Teklifi'nin sunulduğu tarihe kadar olan dönemde, bazı ülkelerde COVID-19 nedeniyle belirli hükümlülerin erken ya da geçici olarak tahliye edilmeye başlandığı bilinmektedir. Örneğin, ceza infaz kurumlarında ilk COVID-19 vakasının 19 Şubat 2020 tarihinde görüldüğü bildirilen İran'da; 3 Mart 2020 tarihinde, virüsün yayılmasının önüne geçilebilmesi amacıyla -cezaları uzun olan ya da toplum için tehlikeli görülenler hariç olmak üzere- elli dört bin (54.000) sağlıklı hükümlüye geçici olarak izin verileceği duyurulmuş ve 9 Mart 2020 tarihinden itibaren giderek artan sayıda hükümlü bu şekilde tahliye edilmiştir<sup>73</sup>. Keza, 2020 yılının Mart ayında, ABD'nin New Jersey, Almanya'nın North-Rhine Westphalia ve Kanada'nın Ontario eyaletlerinde de belirli hükümlülerin geçici olarak ya da erken şekilde salıverilmesine yönelik kararlar alınmıştır<sup>74</sup>.

Ülkemizde, COVID-19 virüsünün bütün dünyada görülmeye başlanmasının gerek öncesinde gerekse sonrasında ceza infaz kurumlarının doluluk oranının fazlalığı ve kapasitesinin yetersizliği bilinen bir gerçektir. Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verilerine göre, 31 Aralık 2019 tarihi itibarıyla ceza infaz kurumlarındaki kişi sayısı iki yüz doksan bir bin beş yüz seksen altı (291.586) olup bu sayısının %84,1'ini hükümlüler oluşturmaktadır<sup>75</sup>. Diğer taraftan, 2019 yılının Temmuz ayı itibarıyla ülkemizdeki ceza infaz kurumlarının sayısının üç yüz elli üç (353), kapasitesinin ise iki yüz on sekiz bin dokuz yüz elli (218.950) kişi olduğu ve yetmiş üç bin dört yüz kırk sekiz (73.448) kişi kapasiteli yüz on dört (114) ceza infaz kurumunun ise inşaatının devam

<sup>70</sup> Bkz. EuroPris, *Overview of European prison services' responses to the COVID-19 crisis*, 30 Mart 2020, <https://www.europris.org/wp-content/uploads/2020/06/Overview-Commission-30-March-2020.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.08.2021), s. 2, 3.

<sup>71</sup> DLA PIPER, *A global analysis of prisoner releases in response to Covid-19*, Aralık 2020, <https://www.dlapiper.com/en/us/news/2021/03/dla-piper-assists-vulnerable-individuals-in-prisons-around-the-world/>, (Erişim Tarihi: 21.08.2021), s. 9.

<sup>72</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. DLA PIPER, s. 4, 9 vd., 32, 33.

<sup>73</sup> Bkz. United States Institute of Peace, "Iran's Response to Coronavirus", *The Iran Primer*, 9 Nisan 2020, <https://iranprimer.usip.org/blog/2020/mar/04/iran's-response-coronavirus>, (Erişim Tarihi: 21.08.2021).

<sup>74</sup> Bkz. Baker, Luke, "Lock 'em up or let 'em out? Coronavirus prompts wave of prisoner releases", *Reuters*, 25 Mart 2020, <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-prisoners-released-idUSKBN21C38R>, (Erişim Tarihi: 21.08.2021).

<sup>75</sup> Türkiye İstatistik Kurumu, *Ceza İnfaz Kurumu İstatistikleri, 2019*, 2 Kasım 2020, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Ceza-Infaz-Kurumu-Istatistikleri-2019-33625>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).



ettiği bilgisine erişilebilmektedir<sup>76</sup>. Nitekim, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü'nün verilerine göre, 6 Nisan 2021 tarihi itibarıyla ülkemizdeki infaz kurumu sayısı üç yüz yetmiş bir (371) ve kapasitesi ise iki yüz elli bin beş yüz yetmiş altı (250.576) kişidir<sup>77</sup>. Dolayısıyla, 2019 yılı sonunda ve 7242 sayılı Kanun'un kabul edilerek yürürlüğe girdiği tarihler itibarıyla cezaevlerinin doluluk oranının, kapasitenin üzerinde olduğu açıktır. Diğer taraftan, 7242 sayılı Kanun'un kabulünden önce de belirli dönemlerde aflar ya da erken tahliyeye imkan sağlayan infaz düzenlemeleri vasıtasıyla pek çok hükümlünün tahliyesine imkan sağlandığı da bilinmektedir<sup>78</sup>.

CGTİHK'de 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler incelendiğinde, çok sayıda hükümlünün ceza infaz kurumu dışına çıkmasına olanak tanındığı görülmektedir<sup>79</sup>. Dolayısıyla, cezaevlerindeki doluluk oranının azaltılmasının, CGTİHK'de 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle gözetilen başlıca amaçlardan birisi olduğu söylenebilir<sup>80</sup>. Ancak, bu bağlamda, COVID-19 salgını ile birlikte, ceza infaz kurumlarının halihazırda var olan doluluğunu azaltma ihtiyacının ekstra önem kazanmış olduğunu ve ceza infaz kurumlarında kalmakta olan hükümlülerin sağlıklarının ve hayatlarının korunması gerekliliğinin de 2/2762 Esas No'lu Kanun Teklifi'nin ivedi bir şekilde incelenmesinde ve 7242 sayılı Kanun'un kısa bir süre içerisinde kabul edilerek yürürlüğe koyulmasında etkili olduğunu söylemek mümkündür<sup>81</sup>. Bir başka deyişle, her

<sup>76</sup> Adıgüzel, Onursal, "Türkiye'de 88 bin kapasiteli 137 yeni cezaevi yolda", *euronews*, 15 Temmuz 2019, <https://tr.euronews.com/2019/07/15/turkiye-de-88-bin-kapasiteli-137-yeni-cezaevi-yolda>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

<sup>77</sup> T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, "Genel Bilgi", *Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü - Ceza İnfaz Kurumlarımız*, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cik-genel-bilgi>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Çalışmamızın yayımlanmak üzere incelenmesi sürecinde, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü'nün verilerine göre 1 Ekim 2021 tarihi itibarıyla bu sayılar, iki yüz elli bir bin iki yüz yirmi dokuz (251.229) kişi kapasiteli üç yüz altmış dokuz (369) ceza infaz kurumu şeklinde güncellenmiştir. Bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, "Genel Bilgi", *Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü - Ceza İnfaz Kurumlarımız*, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cik-genel-bilgi>, (Erişim Tarihi: 15.10.2021).

<sup>78</sup> Canpolat, Can, "7242 sayılı 'İnfaz' Kanunu Yönünden 'Amaç ve Sistem Sorunu'", *Legal Yayıncılık, Legal Blog*, 25 Nisan 2020, <https://legal.com.tr/blog/genel/7242-sayili-infaz-kanunu-yonunden-amac-ve-sistem-sorunu/>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

<sup>79</sup> Bu bağlamda, 7242 sayılı Kanun'la öngörülen düzenlemelerle, yaklaşık doksan bin hükümlünün infaz kurumlarından salıverilmesine imkan sağlandığı belirtilmektedir. Bkz. Canpolat, <https://legal.com.tr/blog/genel/7242-sayili-infaz-kanunu-yonunden-amac-ve-sistem-sorunu/>; Anadolu Ajansı, "CHP, 90 bin kişinin tahliye olduğu yeni infaz düzenlemesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurdu", *Haberler.com*, 11 Haziran 2020, <https://www.haberler.com/chp-yeni-infaz-duzenlemesinin-iptali-icin-anayasa-13314417-haberi/>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

<sup>80</sup> Aynı yönde; Öztürk, Gülay, "COVID-19 Salgın Sürecinde Hükümlü ve Tutukluların Yaşam Hakkı", *THD*, Cilt 15, Sayı 166, 2020, s. 1181; Sanıvar, s. 298; Canpolat, <https://legal.com.tr/blog/genel/7242-sayili-infaz-kanunu-yonunden-amac-ve-sistem-sorunu/>; T.C. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi" Hakkında Bilimsel Görüş, 10 Nisan 2020, [https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f="ceza-ve-guvenlik-tedbirlerinin-infazi-hakkinda-kanun-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifi"](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=)-hakkinda-bilimsel-gorus.pdf, (Erişim Tarihi: 01.04.2021), s. 1.

<sup>81</sup> Nitekim, ceza infaz kurumlarının doluluk oranının kapasitenin üzerinde olmasından kaynaklı dönüşümlü yatak kullanımı, kişi başına düşen yaşam alanının azlığı, sağlık ve hijyen koşullarının yetersizliği gibi bazı hususların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 3'ün ihlal edildiğine dair değerlendirmede esas alındığı; bu sayılanların, salgın nedeniyle hastalığın bulaşma riski de göz önünde bulundurulduğunda halihazırdaki koşullarda yaşam hakkını da (AİHS m. 2) ilgilendirir bir durum oluşturduğu belirtilmektedir. Bkz. Öztürk, s. 1181, 1182. Benzer şekilde; Aşçı, Arzu, "7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un İnfaz Hukuku ve Covid-19

ne kadar asli sebep olmasa da, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin ve hatta buralarda görev yapan personelin COVID-19 salgınından zarar görmesinin önüne geçilmek istenmesinin de CGTİHK’de 7242 sayılı Kanun’la öngörülen değişikliklerin yapılmasının tam da ülkemizde salgına karşı giderek artan şekilde önlemlerin alındığı bir döneme tekabül etmesinin sebeplerinden birisi olduğu söylenebilir<sup>82</sup>.

Çalışma konumuz özelinde, CGTİHK’de 7242 sayılı Kanun’la yapılan değişikliklerin “denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı” ile ilgili olanlarından hangilerinin doğrudan veya dolaylı nedeninin COVID-19 salgını olduğuna ilişkin açıklamalar ve bunlara dair değerlendirmeler bir sonraki başlık altında yapılacaktır.

#### IV. “Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak Cezanın İnfazı” Bakımından 7242 Sayılı Kanun’la Yapılan ve COVID-19 Salgını Nedenli Olan Değişiklikler

##### A. Doğrudan COVID-19 Salgını Nedenli Olan Değişiklikler

CGTİHK’de 7242 sayılı Kanun’la yapılan değişikliklerin hapis cezasının koşullu salıverilme öncesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı ile ilgili olanları arasında doğrudan COVID-19 salgını nedeniyle düzenlemelerden birisi, CGTİHK’nin geçici 9. maddesinin 5. fıkrasında bulunmaktadır<sup>83</sup>. Zira bu düzenlemede, “Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması”, hükümde sayılan ve m. 105/A kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına karar verilenleri de kapsayan hükümlülerin izinli sayılmalarının nedeni olarak açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, bu izin sürelerinin Sağlık Bakanlığı’nın önerisi üzerine

---

Salgını Işığında Kısa Bir Değerlendirmesi”, *İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi COVID-19 ve Hukuk Sempozyumu*, M. Sur, M. Kasapoğlu Turhan (Editörler), On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 572, 573.

Ayrıca, Canpolat’a göre de “Covid-19 salgınının ceza evlerinde sebep olduğu bulaş tehlikesi, seçimlerden bu yana dile getirilen ‘af’ meselesinin ‘infaz indirimi’ adı altında da olsa yasama organının gündemine taşınmasını kaçınılmaz hale getirmiştir.” Bkz. Canpolat, <https://legal.com.tr/blog/genel/7242-sayili-infaz-kanunu-yonunden-amac-ve-sistem-sorunu/>.

Keza, Aşçı da İnfaz Kanunu’ndaki değişiklik tartışmalarının çok önceden başladığını ve değişikliklerin altında yatan en önemli amaç infaz kurumlarının doluluğunu azaltmak olduğu halde bu salgının değişikliklerin yapılması sürecini hızlandırdığını belirtmektedir. Bkz. Aşçı, 2021, s. 569-571.

<sup>82</sup> Aynı yönde; Akgün, s. 7, 8. Alan Akcan’a göre de 7242 sayılı Kanun’la öngörülen değişikliklerde tutukluların durumuna değinilmemesi, bu değişikliklerle öncelikli olarak “cezaevinde kalan hükümlü ve tutukluların bu virüs salgınından zarar görmemesinin amaçlandığı” sonucuna varmayı güçleştirmektedir. Yazar’a göre, bu değişikliklerin asıl nedeni “normal cezaevi standardının üstündeki yoğunluktan dolayı iyileştirme yapılması ihtiyacı”dır. Bkz. Alan Akcan, Esra, “7242 Sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Genel Değerlendirilmesi”, *Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı, (29 - 30 Mayıs 2020)*, Y. Çalışkan, Y. B. Gümrükçüoğlu, Ö. F. Erol, A. Dülger, G. A. Yakacak, Ö. F. Kafalı (Editörler), İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2020, <http://openaccess.ihu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12154/1237/sempozyum14.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim Tarihi: 08.03.2021), s. 635, 636, 640.

<sup>83</sup> Çalışmamızın önceki başlıkları altında da açıklanan bu hüküm şu şekildedir:

“Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle, açık ceza infaz kurumlarında bulunanlar ile kapalı ceza infaz kurumunda bulunup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanan hükümlüler, 105/A maddesi kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına karar verilen hükümlüler ve 106 ncı madde veya diğer kanunlar uyarınca denetimli serbestlik tedbirinden yararlanan hükümlüler, 31/5/2020 tarihine kadar izinli sayılır. Salgının devam etmesi hâlinde bu süre, Sağlık Bakanlığının önerisi üzerine Adalet Bakanlığı tarafından her defasında iki ayı geçmemek üzere yedi kez uzatılabilir. Bu fıkra uyarınca izinli sayılanlar hakkında 95 ve 97 nci madde hükümleri uygulanır.”

Bu fıkranın ilk hâlinde yer alan “üç kez” ibaresi 7256 sayılı Kanun’la “yedi kez” şeklinde değiştirilmiştir.

Adalet Bakanlığı tarafından birçok defa uzatılmasının sebebi de pandemiden kaynaklanan riskin henüz sona ermemiş olmasıdır.

2/2762 Esas No’lu Kanun Teklifi’nde, geçici m. 9’un 5. fıkrasında yer alan bu hükmün gerekçesi olarak, salgının yayılmasını önlemenin en etkili yolunun insanların birbiriyle olan temasının asgariye indirilmesi olduğu ve bu bağlamda, bu düzenlemeyle, “*ceza infaz kurumlarına ve denetimli serbestlik müdürlüklerine yönelik olarak salgın hastalıktan korunmaya yönelik tedbir alın*”dığı belirtilmektedir. Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü tarafından yapılan açıklamalara göre, 12 Şubat 2021 tarihi itibarıyla, 7242 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten beri yetmiş sekiz bin dört yüz altmış sekiz (78.468) hükümlü COVID-19 izninde bulunmaktadır<sup>84</sup>. Ancak, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bu düzenlemeyle, söz konusu hükümlüler iznli sayılmak suretiyle denetim dışına çıkarılmış durumdadır<sup>85</sup>. Denetim dışı bir şekilde izinde geçen bu sürelerin CGTİHK’nin 93/1. maddesi uyarınca hükümlülükte geçmiş sayılacak olması, “denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı” ile güdülen amaca uygunluk göstermemektedir. Halihazırda infaz kurumu dışında, toplumsal ortamda cezaları infaz edilmekte olan kişilerin salgına karşı korunmaları gerekçesiyle tamamen denetim dışına çıkarılması anlamlı değildir. Sokağa çıkış yasağı tedbirinin gerek ülke çapında gerekse bölgesel düzeyde süreklilik arz etmediği bir ortamda, böyle bir uygulamanın kişiler arası etkileşimin en aza indirgenmesini sağlayarak kamu görevlilerinin ve toplumun salgına karşı korunması amacına hizmet ettiği de söylenemeyecektir. Ayrıca, bu düzenlemeyle hükümlülerin korunması ön plana çıkarılmakta olsa da, bu denetimsizliğin gerek hükümlülerin gerekse toplumun güvenliğini riske attığı da söylenebilir. Toplumun güvenliğine ilişkin kaygılardan olsa gerek, 2/2762 Esas No’lu Kanun Teklifi’ne ilişkin olarak verilen genel değerlendirme muhalefet şerhlerinin birinde de geçici m. 9’un 5. fıkrasında yer alan bu hükmü eklenecek bir ifadeyle, belirli bazı suçlardan hüküm giyenlerin bu izinden muaf tutulması gerektiği ifade edilmiş ve fakat bu görüş kabul görmemiştir<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, “Kovid-19 Pandemi Sürecinde Ceza İnfaz Kurumları - III”, *Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü - Duyurular*, 18 Şubat 2021, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/kovid-19-pandemi-surecinde-ceza-infaz-kurumlari-iii18022021065928>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Çalışmamızın yayımlanmak üzere incelenmesi sürecinde Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü tarafından yapılan açıklamalara göre; 7242 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten beri 25 Haziran 2021 tarihi itibarıyla seksen altı bin dokuz yüz on iki (86.912) hükümlü, 30 Eylül 2021 tarihi itibarıyla ise seksen sekiz bin yedi yüz altmış yedi (88.767) hükümlü COVID-19 izninde bulunmaktadır. Görülmektedir ki, COVID-19 izninde bulunan hükümlü sayısı giderek artmaktadır. Bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, “Kovid-19 Pandemi Sürecinde Ceza İnfaz Kurumları - IV”, *Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü - Duyurular*, 28 Haziran 2021, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/kovid-19-pandemi-surecinde-ceza-infaz-kurumlari-iv28062021073737>, (Erişim Tarihi: 21.08.2021); T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, “Kovid-19 Pandemi Sürecinde Ceza İnfaz Kurumları - V”, *Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü - Duyurular*, 1 Ekim 2021, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/kovid-19-pandemi-surecinde-ceza-infaz-kurumlari-v01102021070338>, (Erişim Tarihi: 15.10.2021).

<sup>85</sup> “COVID-19 Salgınının Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku, Vergi Hukuku ve Milletlerarası Hukuk Alanında Sebebiyet Verdiği veya Verebileceği Sorunlar ve Bunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, s. 23.

<sup>86</sup> Muhalefet şerhinde, hüküm giyenlerin izinden muaf tutulması önerilen suçlar; TCK’deki kasten öldürme suçları (m. 81, m. 82 ve m. 83), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (m. 102, m. 103, m. 104, m. 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (m. 132, m. 133, m. 134, m. 135, m. 136, m. 137, m. 138), TCK’nin ikinci kitabının dördüncü kısmının dördüncü, beşinci, altıncı ve yedinci bölümlerinde tanımlanan suçlar, TMK kapsamına giren suçlar ve TCK’nin 86. maddesine 3. fıkrasına eklenmesi teklif edilen, kadına karşı işlenen kasten yaralama suçudur. Bkz. “Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekili Denizli Milletvekili Cahit Özkan, Milliyetçi Hareket Partisi Grup Başkanvekili Sakarya Milletvekili Muhammed Levent Bülbül ve Afyonkarahisar Milletvekili Ali Özkaya ile 57

Bunlara ilaveten, izinli olduğu süre zarfında suç işleyen bir hükümlü hakkında CGTİHK m. 105/A-7 uyarınca denetimli serbestliğin düşmesine ve bu hükümlünün açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verildiği takdirde, CGTİHK'nin 93/1. maddesinde, bu hükümlü teslim olana ya da yakalanana kadar geçecek sürenin hükümlülükte geçmiş sayılmayacağına dair bir ibare de bulunmamaktadır. Bu durum, doktrinde, bu sürenin hükümlülükte geçmiş sayılacağı ve fakat bunun yerinde olmadığından bahisle eleştirilmekte ve bu doğrultuda bir kanuni düzenleme yapılması gerektiği vurgulanmaktadır<sup>87</sup>.

Geçici m. 9/5'te yer alan düzenlemeye ek olarak, CGTİHK'ye 7242 sayılı Kanun'la eklenen geçici m. 9'un 3. fıkrasıyla, m. 105/A-6'da öngörülen ve hükümlünün ceza infaz kurumundan ayrıldıktan sonra, talebinde belirttiği denetimli serbestlik müdürlüğüne başvurması gereken beş günlük sürenin 1 Ocak 2021 tarihine kadar "yirmibeş gün" olarak uygulanacağını öngörülmüş olması da doğrudan COVID-19 salgını nedenidir. 2/2762 Esas No'lu Kanun Teklifi'nde, geçici nitelikteki bu düzenlemenin gerekçesi olarak, "*ülkemizde de etkisini gösteren salgın hastalık (Covid-19)*"ın varlığı açıkça zikredilmiştir. Böylece, aşağıda da m. 105/A-6 ile bağlantılı olarak ifade edeceğimiz üzere, hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazına kararı verilmiş olan bir hükümlünün bu infaz usulünden yararlanmak suretiyle toplumsal ortamda kalmaya devam edebilmesi açısından, hükümlü lehine, 1 Ocak 2021 tarihine kadar süren geçici bir düzenleme yapılmıştır. Diğer taraftan, geçici m. 9/5 uyarınca belirli hükümlülere verilen izin süresi, son olarak, "salgın riskinin ortadan kalkmamış olduğu" gerekçesiyle 31 Mart 2021 tarihinden itibaren iki ay süreyle uzatıldığı halde, 1 Ocak 2021 tarihinden sonra geçici m. 9/3'teki hükmün uygulanmasına devam edilmesine ilişkin herhangi bir adım atılmış değildir.

Bunların dışında, çalışmamızın bir sonraki başlığı altında kısaca değineceğimiz üzere, CGTİHK'ye 7242 sayılı Kanun'la eklenen geçici m. 9/1 ve m. 9/6 düzenlemeleriyle de bazı hükümlülerin kapalı ceza infaz kurumlarından açık ceza infaz kurumlarına ayrılabilmeleri kolaylaştırılmıştır.

### **B. Dolaylı Olarak COVID-19 Salgını Nedenli Olan Değişiklikler**

CGTİHK'de 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin hapis cezasının koşullu salıverilme öncesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı ile ilgili olanlarından bazıları da dolaylı olarak COVID-19 salgını nedenidir. Bir başka deyişle, 7242 sayılı Kanun'la, CGTİHK'de değişiklik öngören bu hükümlerin kabulünün asli nedeni COVID-19 olmasa da, ceza infaz kurumlarının doluluk oranının azaltılarak ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin salgından zarar görmesinin engellenmek istenmesinin de böyle bir dönemde bu hükümlerin kabulünde etkili olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu bağlamda, CGTİHK'nin 105/A maddesinin 1., 2. ve 6. fıkralarında ve geçici 6. maddesinde yapılan değişikliklerin bu nitelikte olduğu söylenebilir.

Milletvekilinin Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2762) ve Adalet Komisyonu Raporu", s. 85.

<sup>87</sup> Bkz. "COVID-19 Salgınının Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku, Vergi Hukuku ve Milletlerarası Hukuk Alanında Sebebiyet Verdiği veya Verebileceği Sorunlar ve Bunlara İlişkin Çözüm Önerileri", s. 24. Ayrıca, CGTİHK m. 105/A-7'de bulunan düzenlemeye yönelik eleştiriler için bkz. dn. 50.



CGTİHK'nin 105/A maddesinin 1. ve 2. fıkralarında 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, düzenlemenin eski hâlinde ilk fıkrada yer alan altı ay süresince kesintisiz bir şekilde açık cezaevinde bulunma ve çocuk eğitimevinde toplam cezanın beşte birini tamamlama şartları ile ikinci fıkrada yer alan açık ceza infaz kurumuna ayrılma koşullarının oluşmasından itibaren altı aylık sürenin geçmiş olması şartı kaldırılmıştır. Esasen bu şartlar CGTİHK'nin geçici 4. maddesi uyarınca 31 Aralık 2020 tarihine kadar askıya alınmış; bir başka deyişle, uygulanmamakta olduğundan, bu değişiklik köklü bir değişiklik olarak kabul edilmemektedir<sup>88</sup>. Buna rağmen, bu değişikliklerle, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazından yararlanma şartlarının kâğıt üzerinde de olsa hükümlüler lehine genişletildiği açıktır. Yine CGTİHK'nin 105/A maddesinin 6. fıkrasında yapılan değişiklikle de hükümlünün ceza infaz kurumundan ayrıldıktan sonra, talebinde belirttiği denetimli serbestlik müdürlüğüne başvurması gereken üç günlük süre beş güne çıkarılmıştır. Dahası, yukarıda da belirttiğimiz gibi, CGTİHK'ye 7242 sayılı Kanun'la eklenen geçici m. 9'un 3. fıkrası ile de bu beş günlük sürenin, 1 Ocak 2021 tarihine kadar, "yirmibeş gün" olarak uygulanacağı öngörülmüştür. Madde 105/A-6'da yapılan değişiklikle, ayrıca, hükümlünün ceza infaz kurumundan ayrıldıktan sonra, bu süreler içinde, talebinde belirttiği denetimli serbestlik müdürlüğüne müracaat etmemesi hâlinde cezasının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının infazı için kapalı ceza infaz kurumuna değil, açık ceza infaz kurumuna gönderileceği öngörülmüştür. Bahsi geçen m. 105/A-6'da yapılan değişiklikle, hükümlünün denetimli serbestlik müdürlüğüne başvurması gereken üç günlük sürenin beş güne çıkarılmış olmasının da hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazına karar verilmiş olan bir hükümlünün bu infaz usulünden yararlanmak suretiyle toplumsal ortamda kalmaya devam edebilmesi açısından lehe olduğu izahtan varestedir.

Geçici 6. maddede 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler incelendiğinde ise öncelikle belirtmek gerekir ki, CGTİHK'ye eklenen geçici m. 6 ile, bazı suçlar istisna tutulmak kaydıyla, 1 Temmuz 2016 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından m. 105/A'nın 1. fıkrasında yer alan "bir yıl"lık sürenin hükümlünün erken tahliyesine imkan sağlayacak şekilde "iki yıl" olarak uygulanacağı öngörülmüştü. Bu maddede 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle ise yine belirli suçlar hariç olmak üzere 30 Mart 2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından m. 105/A'nın 1. fıkrasında yer alan bu "bir yıl"lık sürenin hükümlünün erken tahliyesine imkan sağlayacak şekilde "üç yıl" olarak uygulanacağı öngörülmüştür. Ayrıca, geçici m. 6'ya yeni eklenen bir hüküm ile (f. 3), bahsi geçen bu hükmün kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan iyi hâlli hükümlüler hakkında da uygulanacağı kabul edilmiştir. Yapılan bu değişikliklerle, düzenlemede hariç tutulan suçlar dışındaki suçlardan hüküm giyenler bakımından denetimli serbestlik süresinin kapsamı genişletilmiştir<sup>89</sup>.

Bunların yanı sıra, geçici m. 6'ya 7242 sayılı Kanun'la eklenen 2. fıkrayla, bazı suçlar istisna tutulmak kaydıyla, 30 Mart 2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile yetmiş yaşını bitirmiş olan hükümlüler hakkında,

<sup>88</sup> Bkz. Akalın / Kaya / Sayan, s. 99.

<sup>89</sup> Akalın / Kaya / Sayan, s. 101; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 824, 825, dn. 169.

Geçici m. 6'nın ilk fıkrasında 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, istisna tutulan suçlara eklenen ve fakat 1 Temmuz 2016 tarihine kadar işlenmiş ve hükmün ilk hâlinde istisna kapsamında tutulmamış olan suçlar bakımından hükümlünün lehine olan kanunun uygulanması (m. 105/A'nın 1. fıkrasında yer alan "bir yıl"lık sürenin "iki yıl" olarak uygulanmasına devam edilmesi) gerektiğine ilişkin görüş için bkz. dn. 32.



m. 105/A'nın 3. fıkrasında yer alan "iki yıl"lık sürenin hükümlünün erken tahliyesine imkan sağlayacak şekilde "dört yıl" olarak uygulanacağı öngörülmüştür. Keza, aynı fıkrayla, bahsi geçtiği üzere belirli suçlar hariç olmak üzere 30 Mart 2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, maruz kaldıkları ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülerin koşullu salıverilmeleri için ceza infaz kurumunda geçirmeleri gereken sürelerin ise azami süre sınırına bakılmaksızın denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı usulüyle infaz edilebileceği kabul edilmiştir. Üstelik, bu hükümlülerin ağır bir hastalık, engellilik veya kocama hâlinin Adlî Tıp Kurumunca düzenlenen bir raporla belgelendirilebileceği gibi, Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenen ve fakat Adlî Tıp Kurumunca onaylanmayan bir raporla da belgelendirilebilmesi mümkün kılınmıştır. Bundan başka, geçici m. 6'nın 2. fıkrasında yer alan bu hükümlerin de kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan iyi hâlli hükümlüler hakkında da uygulanacağı öngörülmüştür (geçici m. 6/3). Böylelikle, 7242 sayılı Kanun'la yapılan bu değişikliklerle de geçici m. 6/2'de belirlenen kategorilere giren ve düzenlemede hariç tutulan suçlar dışındaki suçlardan hüküm giyenler bakımından denetimli serbestlik süresinin kapsamı genişletilmiştir.

Yukarıda anlatılanların dışında, CGTİHK'de 7242 sayılı Kanun'la yapılan ve hapis cezasının koşullu salıverilme öncesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı ile doğrudan ilgili olmayan bazı değişiklikler de dolaylı olarak bu infaz usulüne ilişkin uygulamayı etkilemektedir. Bu bağlamda, örneğin, CGTİHK'nin 107. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, bazı suçlar hariç olmak üzere, süreli hapis cezasına mahkûm edilmiş olanların koşullu salıverilmeden yararlanabilmeleri için infaz kurumunda çekmeleri gereken süre, cezanın üçte ikisinden yarısına düşürülmüştür<sup>90</sup>. Ayrıca, daha önce de belirttiğimiz gibi, CGTİHK'nin geçici 6. maddesine 7242 sayılı Kanun'la eklenen 4. fıkra da 30 Mart 2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından çocuk hükümlülerin infaz kurumunda geçirdikleri sürelerin hesaplanmasında onların lehine bir düzenlemedir<sup>91</sup>. Dahası, suç işlemek için örgüt kurmak, yönetmek veya örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı süreli hapis cezasına mahkûm olan hükümlülerin, koşullu salıverilme oranı üçte ikiden fazla olan suçlardan dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere, koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için infaz kurumunda geçirmeleri gereken süre cezalarının dörtte üçü iken, CGTİHK m. 107/4'te yapılan değişikliklerle birlikte üçte ikisi haline gelmiştir. Bunlara ilaveten, hapis cezasının denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı ile dolaylı şekilde ilgili değişikliklere örnek olarak, CGTİHK'nin açık ceza infaz kurumlarında cezanın infazına ilişkin 14. maddesinde 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerden de söz edilebilir<sup>92</sup>. Nitekim, bu değişikliklerle, cezası doğrudan açık ceza infaz kurumunda infaz edilebilecek olan

<sup>90</sup> Bununla birlikte, esasen 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik öncesinde de CGTİHK'ye 671 sayılı Kanun Hükümünde Kararname ile eklenen ve daha sonra 6757 sayılı Kanun'la kanunlaşan geçici m. 6'da, belirli suçlar hariç olmak üzere, 1 Temmuz 2016 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından m. 107'nin 2. fıkrasında yer alan "üçte iki"lik oranın "yarısı" olarak uygulanacağı öngörülmüş durumdaydı. Ayrıca, örnek hesaplama için bkz. Atalay, s. 1241.

<sup>91</sup> Zira CGTİHK m. 107/5 uyarınca, "Koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak dikkate alınır."

Örnek hesaplama için bkz. Atalay, s. 1242; Çakır, s. 694.

<sup>92</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akalın / Kaya / Sayan, s. 91 vd.; Yenidünya, s. 46 vd.

hükümlülerin kapsamı genişletilmiştir<sup>93</sup>. Ayrıca, CGTİHK'ye 7242 sayılı Kanun'la eklenen geçici m. 9/1 düzenlemesiyle de<sup>94</sup> bazı hükümlülerin kapalı ceza infaz kurumlarından açık ceza infaz kurumlarına ayrılabilmeleri bakımından iyi halli kabul edilebilmeleri kolaylaştırılmıştır. Ek olarak, CGTİHK'ye 7242 sayılı Kanun'la eklenen geçici m. 9/6 hükmüyle ise<sup>95</sup> bazı suçlardan hükümlü olanlar hariç olmak üzere, kapalı ceza infaz kurumunda bulunan ve Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği uyarınca açık ceza infaz kurumuna geçişi güç olan pek çok iyi halli hükümlünün, talepte bulunması kaydıyla, açık ceza infaz kurumuna gönderilmesi mümkün kılınmıştır.

Yukarıda açıklanan ve 7242 sayılı Kanun'la öngörülen bütün bu değişiklikler, başta da belirttiğimiz gibi, aslen COVID-19 nedeni değildir. Bu değişikliklerle, esas olarak amaçlanan, ceza infaz kurumlarının doluluk oranının azaltılmasıdır. Diğer taraftan, COVID-19 salgınının hükümlülerin sağlıklarının ve hayatlarının korunması bakımından doğurduğu risklerin engellenmesi de ceza infaz kurumlarının doluluk oranını azaltma ihtiyacına yönelik bu düzenlemelerin kısa bir süre içerisinde kabul edilerek yürürlüğe koyulmasına gerekçe teşkil etmiştir. Ancak, tekrar altını çizmek isteriz ki, bu düzenlemelerle gözetilen asıl amaç, COVID-19 virüsünün bütün dünyada görülmeye başlanmasından gerek önceki gerekse sonraki dönemde ülkemizdeki ceza infaz kurumlarının doluluk oranının fazlalığı ve kapasitesinin yetersizliğidir. Esasen infaz hukuku sistemimizde cezaevlerinin doluluk oranını azaltmaya yönelik düzenlemeler ilk defa yapılmamakta olup geçmişte yapılan benzer düzenlemelerin varlığına rağmen bahsi geçen

<sup>93</sup> CGTİHK m. 14/2'de yer alan düzenlemenin 7242 sayılı Kanun'la değiştirilmiş hâli şöyledir:

*“Aşağıdaki hâllerde hükümlüler hakkında verilen cezalar doğrudan açık ceza infaz kurumlarında yerine getirilir:*  
a) *Terör suçları, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan mahkûm olanlar ile ikinci defa mükerrir olanlar ve koşullu salıverilme kararının geri alınması nedeniyle cezayı aynen infaz edilenler hariç olmak üzere, kasıtlı suçlardan toplam üç yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olanlar.*

b) *Taksirli suçlardan toplam beş yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm olanlar.*

c) *Adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilenler.*

d) *9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu gereğince tazyik hapsine tabi tutulanlar.”*

<sup>94</sup> Hüküm şu şekildedir:

*“5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde ve 220 nci maddesinde düzenlenen suçlardan, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan ve 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlardan hükümlü ve tutuklu olanlar ile Kanunun 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında kalan hükümlü ve tutuklular hakkında verilenler hariç olmak üzere; 30/3/2020 tarihinden önceki eylemler nedeniyle Kanunun 39 ilâ 46 ncı maddeleri uyarınca verilen disiplin cezası ve tedbirleri, infaz edilmeleri kaydıyla 48 inci maddedeki süre ve karar şartı aranmaksızın idare ve gözlem kurulunca verilecek iyi hâl kararı üzerine kaldırılır. 55 inci madde hükümleri saklıdır.”*

<sup>95</sup> Hüküm şu şekildedir:

*“Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar hariç olmak üzere, toplam hapis cezası on yıldan az olanlar bir ayını, on yıl ve daha fazla olanlar ise üç ayını kapalı ceza infaz kurumunda geçirmiş olan iyi hâlli hükümlülerden ilgili mevzuat uyarınca açık ceza infaz kurumlarına ayrılmasına bir yıl veya daha az süre kalanlar, talepleri hâlinde açık ceza infaz kurumlarına gönderilebilirler. Bu hükümlüler, açık ceza infaz kurumlarında barındırılır. İlgili mevzuat uyarınca açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya, beşinci fıkra belirtilen süreler içinde hak kazandıkları takdirde beşinci fıkra uyarınca izinli sayılırlar. Beşinci fıkra belirtilen sürenin tamamlanmasından sonra ise açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanıp kazanmadıklarına bakılmaksızın, 95 inci maddede düzenlenen izin hakkından yararlanırlar. Bu fıkra hükmü 31/07/2021 tarihine kadar uygulanır.”*

Bu fıkranın ilk hâlinde yer alan “31/12/2020” ibaresi 7256 sayılı Kanun'la “31/7/2021” şeklinde değiştirilmiştir. Çalışmamızın yayımlanmak üzere incelenmesi sürecinde ise bu ikinci ibare de 7331 sayılı Kanun'la “30/11/2021” şeklinde değiştirilmiştir.

doluluk oranının kapasiteyi aşan boyutlara ulaştığı bir gerçektir. Nitekim, çalışmamızda bahsi geçen geçici m. 4 ve geçici m. 6 hükümlerinin CGTİHK'ye ilk defa eklenmesinin ardından 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklere kadar da ceza infaz kurumlarındaki hükümlü sayısının artmaya devam ettiği açıktır<sup>96</sup>. Kaldı ki, hapis cezasının koşullu salıverilme öncesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı kurumunun 2012 yılında hukuk sistemimizde yerini almasının dahi başlı başına cezaevlerindeki doluluk oranının bir miktar da olsa azalması sonucunu doğurması gerekirken, hükümlü sayısında sadece kısa bir süreliğine azalma yaşandığı ve fakat sonrasında, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü sayısının artmaya devam ettiği bilinmektedir<sup>97</sup>. Ceza infaz kurumlarındaki yoğunluğun azaltılmasına yönelik bu gibi girişimlere rağmen bu kurumlara giren hükümlü sayısının artmasında ise cezasının infazına toplumsal ortamda devam edilmesine karar verilen pek çok hükümlünün yeniden suç işleyerek ceza infaz kurumuna dönmesinin etkili olduğu ifade edilmektedir<sup>98</sup>. Bir başka deyişle, ceza infaz kurumlarının doluluğunu azaltmaya yönelik bu tür düzenlemeler cezanın önleme amacının gerçekleştirilebilmesi bakımından olumsuz bir rol oynamış ve nihayetinde, asıl amaçlanan şey olan ceza infaz kurumlarındaki yoğunluğun azaltılması da sağlanamamıştır. Dolayısıyla, ceza infaz kurumlarının doluluğunu azaltmaya yönelik bu tür düzenlemeler ancak kısa süreli olarak etkili olmakta ve uzun vadede sorunun çözümünü sağlamamaktadır<sup>99</sup>. Bu bağlamda, ceza infaz kurumlarının doluluk oranının azaltılmasına yönelik olarak 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler bakımından, her ne kadar dönemin şartları itibarıyla hükümlülerin sağlıklarının ve hayatlarının korunmasının önemi göz ardı edilemez olsa da, hükümlülerin ceza infaz kurumunda çok az kalması ya da hiç kalmaması sonucunu doğuran nitelikteki bu düzenlemelerin cezanın infazı ile ulaşılmak istenen temel amaçlara (CGTİHK m. 3) ulaşılmasını engelleyici bir rol oynayabileceği söylenebilir<sup>100</sup>. Bu da suç işlemiş kişiler ıslah edilerek topluma kazandırılmadığı için toplumun güvenliğini riske atmak

<sup>96</sup> Bkz. Canpolat, <https://legal.com.tr/blog/genel/7242-sayili-infaz-kanunu-yonunden-amac-ve-sistem-sorunu/>; Özgenç, İzzet / Bayraktarlı, İhsan Yılmaz, "İnfaz Kurumlarındaki Hükümlü Sayısındaki Artış Sorunu ve Çözüm Önerisi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2019, s. 136, 137.

<sup>97</sup> Bkz. Özgenç / Bayraktarlı, s. 136.

<sup>98</sup> Canpolat, <https://legal.com.tr/blog/genel/7242-sayili-infaz-kanunu-yonunden-amac-ve-sistem-sorunu/>; Özgenç / Bayraktarlı, s. 138.

<sup>99</sup> Nitekim, ülkemizde muhtelif zamanlarda af ve benzeri müesseselere başvurulduğu; bu bağlamda, denetimli serbestlik ve koşullu salıverilme kurumlarının da dolaylı olarak af sağlama amaçlı kullanıldığı ve fakat bunların kalıcı çözüm sağlamadığı ve cezaevlerindeki yoğunluğun yine arttığı çeşitli yazarlarca da ifade edilmektedir. Bkz. Mahmutoğlu, <https://www.kanunonder.com.tr/article-read.php?a=5>; Alan Akcan, s. 657. Benzer şekilde; Özgenç / Sözüer / Koca, s. 12 vd.

Kaldı ki, ceza infaz kurumlarının doluluğunu azaltmak amaçlı olarak 7242 sayılı Kanun'la yapılan ve hükümlülerin ceza infaz kurumlarından çıkabilmeleri için lehlerine nitelikte olan değişiklikler çerçevesinde istisna kapsamında tutulan suçlardan mahkûm olanların, zaten infaz kurumlarında kalanların yoğunluğunu oluşturduğu ve bu nedenle de bu değişikliklerin hedeflenen amacı gerçekleştirmekten uzak olduğu belirtilmektedir. Bkz. Özgenç / Sözüer / Koca, s. 10, 14; Alan Akcan, s. 657.

<sup>100</sup> Aynı yönde; Canpolat, <https://legal.com.tr/blog/genel/7242-sayili-infaz-kanunu-yonunden-amac-ve-sistem-sorunu/>.

Nitekim, *Mahmutoğlu* da bir sorun teşkil ettiğini düşündüğü bu durumun, ileride mağdurların fail olması ihtimalini dahi artırabileceğini ve adalet ilkesi ve kamu vicdanı bakımından göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Mahmutoğlu, <https://www.kanunonder.com.tr/article-read.php?a=5>.

*Yenidünya* ise cezanın koşullu salıverilme öncesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazına ilişkin olarak, bu infaz usulünün Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararlarındaki kılavuz ilkelere uygunluk göstermediğini; zira bu kurumun şartla salıvermenin uygulanma imkanını genişleten bir nitelik taşıdığını ve istisna kapsamındaki suçlar dışında, "şekli birtakım koşulların sağlanması ve belirli sürelerin geçirilmesiyle tatbik imkanı bulabilen", formaliteden ibaret ve infazdan beklenen amaçlarla bağdaşmayan bir nitelik taşıdığını ifade etmektedir. Bkz. *Yenidünya*, s. 62, 63, 72.

anlamına geldiği gibi ceza infaz kurumlarının yoğunluğuyla ilgili sorunun devam etmesine de yol açacaktır. Bu nedenle, COVID-19 salgınından kaynaklanan riskler sebebiyle ceza infaz kurumlarının doluluğunu azaltmaya yönelik olarak yapılan düzenlemelerde hem hükümlülerin sağlıklarının ve yaşamlarının korunması hem de toplumun güvenliğinin sağlanması göz önünde bulundurularak bir denge kurulması daha yerinde olurdu<sup>101</sup>. Diğer taraftan, bundan sonraki süreçte ceza infaz kurumlarının doluluk oranının azaltılması amacı çerçevesinde bulunulacak girişimlerde ise gerek 7242 sayılı Kanun'la yapılan düzenlemelerle gerekse bundan önceki düzenlemelerle benimsenen yaklaşımı devam ettirmek yerine, kapsamlı bir çalışmayla kalıcı çözümler üretilmesi ihtiyacı gözden kaçırılmamalıdır<sup>102</sup>. Ayrıca, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı kurumunun CGTİHK'de yapılan muhtelif değişikliklerde olduğu gibi salt ceza infaz kurumlarının doluluğunu azaltmaya yönelik olarak kullanılmasının, bu infaz usulüyle amaçlananın ne olduğu hususunda tereddüt oluşmasına yol açtığını da belirtmek isteriz.

Bunlara ek olarak, geçici m. 6'nın 1. ve 2. fıkralarında istisna kapsamında tutulması öngörülen suçların belirlenmesinde hangi ölçütlerin temel alındığının belirsiz olması da bir başka sorundur<sup>103</sup>. Gerçekten de geçici m. 6/1'de 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle, kime karşı işlendiği fark etmeksizin, kasten yaralama suçunun mağdurun yüzünde sürekli bir değişikliğe yol açtığı hâllerin de (TCK m. 87/2-d) istisna kapsamına alındığı görülmekte olup neden sadece TCK m. 87/2-d'de düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun istisnalar arasına eklendiği ve fakat diğer neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hâllerinin de kime karşı işlendiği önem taşımaksızın bu kapsama alınmadığı anlaşılammaktadır<sup>104</sup>. Nitekim, gerek geçici m. 6

<sup>101</sup> Öztürk'ün bu konudaki görüşleri için bkz. Öztürk, s. 1186, 1187.

<sup>102</sup> Bkz. Özgenç / Bayraktarlı, s. 139; Özgenç / Sözüer / Koca, s. 13. Aynı yönde; Akalın / Kaya / Sayan, s. 118.

Bu bağlamda, bir görüşe göre, ceza infaz kurumlarındaki dönemsel yoğunluktan kaynaklanan sorunun çözümü için "...eşitlik ilkesini gözeten ve adı açıkça af olan bir düzenleme" yapılmalı ve sorunun kalıcı olarak çözümü bakımından ise;

*"cezaevlerinde doluluğa yol açan suçlarla ilgili bütüncül bir yaklaşımla gerekiyorsa yeni bir ceza politikası ve suçu önleme stratejileri geliştirilmeli, bu konuda yeterli akademik tartışma zemini oluşturulmalı, dönemsel geçici tepkilere dayalı düzenleme yapmaktan kaçınılmalıdır."*

Bkz. T.C. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, s. 2, 10.

Diğer taraftan, m. 105/A düzenlemesinin tamamen kaldırılması gerektiğini düşünen Özgenç / Sözüer / Koca'ya göre ise;

*"İnfaz Kanununun 105A maddesiyle 107. maddesi hükümlerinin birleştirilerek koşullu salıverilme müessesesi olarak yeniden düzenlenmesi ve dünyada başka bir örneği bulunmayan, adeta iki aşamalı koşullu salıverilme uygulamasından vazgeçilmesi gerekmektedir."*

Bkz. Özgenç / Sözüer / Koca, s. 7.

<sup>103</sup> Aynı yönde; Alan Akcan, s. 651; Öztürk, s. 1184; Yenidünya, s. 66.

<sup>104</sup> Doktrinde, ayrıca, geçici 6. maddenin 1. fıkrasındaki düzenleme yapılırken özensiz bir yaklaşım sergilendiği de belirtilmektedir. Bu bağlamda, örnek olarak ise şu ifadelere yer verilmektedir:

*"Şöyle ki, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış bütün halleri istisna kapsamında iken 7242 s. Kanunla bu istisnalara ayrıca, kasten yaralama suçunun mağdurun yüzünün sürekli değişikliğine sebebiyet vermesi hali eklenmiştir."*

Bkz. Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 824, 825, dn. 169; Ölmez / Ünal / Karabulut / Kaya, s. 137.

Kanaatimizce, değişiklik öncesinde, ilgili hükümde yer alan ifade *"üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları"* şeklinde olduğundan, 7242 sayılı Kanun'la, "kime karşı işlendiği fark etmeksizin" kasten yaralama suçunun mağdurun yüzünde sürekli bir değişikliğe yol açtığı hâllerin de istisna kapsamına alındığı anlaşılmaktadır. Ancak, bu durumda dahi neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama hâlleri içinden sadece TCK m. 87/2-d'de düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun istisnalar arasına eklenmesindeki amaç anlaşılammakta olup bu da istisna kapsamındaki suçların belirlenmesinde özensiz bir yaklaşım sergilendiği izlenimini uyandırmaktadır.



hükümlerinde gerekse muhtelif bazı hükümlerde bu şekilde belirli suç kategorileri belirlenerek bu suçlardan hüküm giyenlerin istisna kapsamında tutulması, infaz hukukunda suçun değil, suçlunun esas alınması gerekliliğinin göz ardı edildiğinden bahisle de eleştirilmektedir<sup>105</sup>. Doktrinde de geçici m. 6/1’de yer alan düzenlemeden bahisle ifade edildiği üzere, “suç temelli katalog istisnaların öngörülmesi ve istisna düzenlemelerin de hukuki ve korunması amaçlanan menfaatleri gözetilen temellere dayanmaması”, infazda eşitsizliğe ve hakkaniyete aykırı uygulamalara yol açıcı niteliktedir<sup>106</sup>. Ayrıca, aynı hukuki değeri koruyan ve haksızlık muhtevası itibarıyla birbirine yakın olan suçlardan hüküm giyenlerin farklı uygulamalara tabi tutulmasının, eşitlik ve hukuk devleti ilkeleri bakımından yerinde olmadığı da söylenebilir<sup>107</sup>. Bunlara ilaveten, doktrinde, geçici m. 6/2’de yer alan düzenlemeden bahisle, istisna kapsamında tutulan suçların hükümlülerinin, neden bu hükümden yararlanamadıkları konusunda “özel durumları ile engel oluşturan durumları açısından rasyonel bir açıklama getirilmesi” gerektiği; aksi takdirde, bu düzenlemeden bazı hükümlülerin yararlanamamasının “sübjektif ölçütler içerdiği ve bu ölçütlerin daha evvel işlenen suçlarla bir ilgisinin olmaması sebebiyle” infazda eşitlik ilkesi bakımından ve insani açıdan yerinde olmadığı ifade edilmektedir<sup>108</sup>. Bunların dışında, geçici m. 6’nın 1. ve 2. fıkralarında öngörülen istisnaların arasında farklılıklar olması da “istisnalar içinde istisnalar yaratma”nın sakıncalı sonuçlara yol açabileceğinden bahisle eleştirilmektedir<sup>109</sup>. Sonuç olarak, cezanın koşullu salıverilme öncesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı kurumuyla ilgili

<sup>105</sup> Bkz. Özbek, *İnfaz Hukuku*, s. 376; Özbek, Veli Özer, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Hakkında Değerlendirmelerimiz”, *CHD*, Yıl: 15, Sayı: 42, Nisan 2020, s. 302-303; Özgenç / Sözüer / Koca, s. 7. Aynı yönde; Akalın / Kaya / Sayan, s. 95, 115; Mahmutoğlu, <https://www.kanunonder.com.tr/article-read.php?a=5>; Sanıvar, s. 298.

<sup>106</sup> Bkz. Akalın / Kaya / Sayan, s. 102, 116.

Bu bağlamda hem Akalın / Kaya / Sayan hem de Mahmutoğlu tarafından, TCK m. 87/2-d’ye giren hâllerin istisna kapsamında tutulmuş olmasına karşın, TCK m. 87/4 (kasten yaralama neticesinde ölüm meydana gelmesi) kapsamına giren hâllerin, ortada çok daha ağır bir haksızlık mevcut olmasına rağmen, istisnalar arasına alınmamış olması örnek verilerek eleştiri konusu edilmektedir. Keza, Mahmutoğlu’nun verdiği bir başka örnek uyarınca, cinsel taciz suçundan hükümlü bir kişi bu düzenlemeden yararlanamazken fuhuş suçundan hükümlü bir kişinin yaralanabilmesi de yerinde değildir. Bkz. Mahmutoğlu, <https://www.kanunonder.com.tr/article-read.php?a=5>; Akalın / Kaya / Sayan, s. 102.

Ayrıca, suç temelli katalog istisnaların öngörülmesi nedeniyle, söz konusu düzenlemenin kadına yönelik şiddetin önlenmesi bakımından yetersiz kaldığı da ifade edilmektedir:

“Diğer yandan; 7242 sayılı Kanun’un kamuoyunda bilinen düzenleniş gerekçelerinden biri de, kadına yönelik şiddetin önlenmesidir. Ancak yalnızca eşe karşı işlenen yaralama suçlarında denetimli serbestlik süresi bir yıl ile sınırlı kalırken; failin aralarında karı - koca ilişkisi bulunmayan kadına karşı (örnek olarak; eski eş, sevgili) yaralama suçunu işlemesi halinde, denetimli serbestlik süresi üç yıl olarak uygulanacaktır. Haliyle; suç temelli katalog istisnaların öngörülmesi neticesinde, Kanun’un gerekçesine ve amacına aykırı şekilde, kadına karşı cinsiyet temelli şiddetin önlenmesi için yeterli ve gerekli düzenlemenin yapılmadığı ve kadına şiddetin yalnızca aile içerisinde olmadığının göz ardı edildiği anlaşılmaktadır.”

Bkz. Akalın / Kaya / Sayan, s. 102.

<sup>107</sup> Bkz. Koca / Üzülmüş, s. 630-632, dn. 175; Özgenç / Sözüer / Koca, s. 14.

Bunun yanı sıra, söz konusu düzenlemeler COVID-19 salgını sırasında görüşülerek kabul edilmiş olduğu için, bu değişikliklerden yararlanamayan hükümlüler bakımından hastalığa yakalanma riskinin devam ettiği ve fakat mutlak bir hak olan yaşam hakkının korunmasından yararlanabilecek olan kişiler arasında bir ayırım yapılamayacağı; aksi halde, AIHS m. 14’ün ihlalinin gündeme gelebileceği de belirtilmektedir. Öztürk, s. 1184.

<sup>108</sup> Zira söz konusu düzenleme, kişisel durumları gereği haklarındaki hükmün ceza infaz kurumu koşullarında infaz edilmesinin zorluğuna dayalı bir hükümdür. Ayrıca, Yazar, maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremediği tıbbi bir raporla belirlenen bir hükümlünün cezasının infazına işlediği suç tipi dikkate alınmak suretiyle ceza infaz kurumunda devam edilmesini de yerinde bulmamaktadır. Bkz. Yenidünya, s. 67, 68.

<sup>109</sup> Bkz. Mahmutoğlu, <https://www.kanunonder.com.tr/article-read.php?a=5>. Aynı yönde; Özgenç / Sözüer / Koca, s. 11.



düzenlemelerden yararlanabilecekler bakımından belirli istisnalar öngörülmesi isteniyorsa, belirli suç kategorileri oluşturularak bu suçlardan hüküm giyenlerin ceza infaz kurumlarında daha uzun süre kalmalarının sağlanması yerine, tehlikelilik, mükerrirlik, itiyadi suçluluk gibi suçluya ve toplumun güvenliğine ilişkin özellikler göz önünde bulundurularak bu belirlemelerin yapılması cezanın infazıyla güdülen amaçları gerçekleştirme bakımından daha yerinde olacaktır<sup>110</sup>.

Son olarak, CGTİHK'nin geçici 6. maddesinin 2. fıkrasına 7242 sayılı Kanun'la eklenen düzenlemenin a bendinde kanun yapım tekniği açısından da bir isabetsizlik bulunduğu düşüncesinde olduğumuzu belirtmek isteriz. Daha evvel de açıkladığımız üzere, bahsi geçen hükümde sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlülerin yanı sıra, "yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler" hakkında da m. CGTİHK m. 105/A-3'te yer alan "iki yıl"lık sürenin "dört yıl" olarak uygulanacağı öngörülmüştür. Bu düzenlemede sözü edilen "iki yıl"lık süre, m. 105/A-3'ün a bendinde yer almaktadır. Hükmün a bendinde yer alan bu düzenleme ise sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan "kadın" hükümlülere özgü niteliktedir. Bir başka deyişle, bahsi geçen m. 105/A-3-a'da sadece sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlülere yönelik olarak genel kuraldan ayrılmış ve bu hükümlülerin koşullu salıverilmelerine bir değil, iki yıl kalmış olma şartı öngörülmüştür. Bu nedenle, CGTİHK geçici m. 6/2-a'da, yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler hakkında m. 105/A'nın üçüncü fıkrasında yer alan "iki yıl"lık sürenin "dört yıl" olarak

<sup>110</sup> Bkz. Koca / Üzülmüş, s. 630-632, dn. 175; Özbek, Nisan 2020, s. 302, 303. Aynı yönde; Özgenç / Sözüer / Koca, s. 15; Öztürk, s. 1185.

Benzer şekilde, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı usulünün kaldırılması gerektiğini düşünen *Mahmutoğlu* da içinde bulunduğumuz dönemin şartlarının COVID-19 nedeniyle kendine özgü olduğunu ve bu şartlar gözetilmek suretiyle mükerrirler, suçu meslek edinenler, itiyadi suçlular ayrımı yapılması ve bu ayrıma göre denetimli serbestlik sürelerinin belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir:

"...mükerrirler, suçu meslek edinenler, itiyadi suçlular ayrımı yapılarak iki ayrı oran belirlenmeli, sistem son derece basit hale getirilmeli, cezaevlerindeki ihtiyacı da gözeterek belki de son bir kez denetimli serbestlik süresi bu ayrıma göre belirlenmelidir."

Bkz. Mahmutoğlu, <https://www.kanunonder.com.tr/article-read.php?a=5>.

Bu bağlamda, *Özbek* ise belirlenen suç kategorilerindeki suçlardan hüküm giyenlerin ceza infaz kurumlarında daha uzun süre kalmalarının sağlanmasının bu hükümlülerin topluma kazandırıldığı anlamına gelmediğini; bu tür uygulamaların bilimsel olmayan tartışmalara yol açtığını ve bu uygulamalarla kamuoyu bakımından tatmin edici sonuçlar da elde edilemeyeceğini; bu durumun mevcut düzenlemelerde sık aralıklarla değişiklikler yapılmasını gerektirdiğini ve bunun da cezaların önleme amacının sorgulanmasına yol açtığını belirtmektedir. İlâveten, Yazar'a göre de muhtelif düzenlemeler bakımından belirli suç grupları oluşturularak bu gruplar kapsamına girenlerin düzenlemelerden yararlanabileceklerin dışında bırakılması, eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurmakta olup adaleti ortadan kaldırır. Bu bakımdan, Yazar; "hukuk biliminde kişisel olarak belirlenecek ve kişiden kişiye değişebilecek önceliklere ve buna uygun olarak yaratılacak 'kırmızı çizgilere' göre değil, hukukun temel ilkelerine göre hareket" edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. *Özbek*, Nisan 2020, s. 302, 303, 306-308; *Özbek*, *İnfaz Hukuku*, s. 376.

Diğer taraftan, diğer yazarlar gibi "suça bağlı ayrımın eşitlik prensibine ve adalet ilkesine uygun düşmediği" görüşünde olan *Yenidünya* ise denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı bakımından kapsam dışı bırakılan suçların, ceza ağırlıklarına göre belirlenmesi gerektiği düşüncesindedir. Yazar, istisna tutulan suçların sayma suretiyle belirlenmesinin teknik olarak yerinde olmadığını ve bu sınırlandırmanın kanun koyucunun subjektif tercihlerine dayandığını gösterdiğini; böyle bir sınırlandırmanın hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açacağını ve halihazırda da kapsam dışı bırakılan suçlardan haksızlık içeriği itibarıyla daha ağır olan suçların ilgili hükümde yer almadığını belirtmektedir. Bkz. *Yenidünya*, s. 66, 72.

Buna karşın, infaz hukukunda suçtan ziyade suçlunun esas alınması gerektiğini belirten *Akalın / Kaya / Sayan* ise "herhangi istisna, ayırım ve tarih belirtmeden basit, yeknesak ve eşitlikçi düzenlemelerin yapılması gerektiği" düşüncesindedir. Bu bağlamda, Yazarlar;

"Failin suç işlediği zamanki yaşı, özel tehlikelilik hali ve ceza infaz kurumlarında cezasını çekerken mevcut durumu dikkate alınarak, bir kısım istisnaların öngörülmesi elbette mümkün olmakla birlikte, aynı miktarda hapis cezasını alan kişilerin dün, bugün ve yarın aynı sürede ceza infaz kurumlarında kalması sağlanmalıdır."

açıklamalarını yapmaktadır. Bkz. *Akalın / Kaya / Sayan*, s. 116.

uygulanacağıının öngörülmesi yerine, geçici m. 6'nın 2. fıkrasına yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler bakımından ayrı bir bent eklenmesi teknik açıdan daha yerinde olurdu. Bir diğer anlatımla, geçici m. 6'nın 2. fıkrasında diğer iki bent dışındaki ayrı bir bentte, yetmiş yaşını bitirmiş ve koşullu salıverilmesine dört yıl veya daha az süre kalmış hükümlülerin de CGTİHK'nin 105/A maddesinin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenen infaz usulünden yararlanabileceğinin öngörülmesi daha isabetli olurdu.

## SONUÇ

Hapis cezasının koşullu salıverilme öncesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı, 5275 sayılı Kanun'a 2012 yılında eklenen m. 105/A'da yer alan düzenleme ile hukuk sistemimize girmiştir. Bu infaz usulünden yararlanan hükümlülerin cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısımları, "denetimli serbestlik" tedbiri uygulanmak suretiyle infaz kurumu dışında, toplumsal ortamda infaz edilmektedir. Yürürlüğe girmesinin ardından, muhtelif zamanlarda kabul edilen çeşitli kanunlarla, bu infaz usulü ile ilgili geçici ve kalıcı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden sonuncusu, 14 Nisan 2021 tarihinde kabul edilen ve 15 Nisan 2020 tarihli ve 31100 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun'la gerçekleştirilmiştir. 7242 sayılı Kanun'a esas teşkil eden 2/2762 Esas No'lu "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi" 31 Mart 2020 tarihlidir. Dolayısıyla, bahsi geçen Kanun birkaç hafta içerisinde incelenerek kabul edilmiş ve yürürlüğe koyulmuştur. Bu Kanun Teklifi'nin öncesinde, uzunca bir zamandır kamuoyunun gündemini meşgul eden af tartışmalarının ve ceza infaz kurumlarının kapasitesinin üstünde doluluk oranı sorununun var olduğu bilinmektedir. Bununla birlikte, söz konusu zaman aralığı WHO tarafından COVID-19'un pandemi ilan edilmesinin ve ülkemizde de ilk COVID-19 vakasının görülmesinin hemen akabinde, virüsün ülkemizdeki bütün illere yayılmış olduğu ve yayılım hızının azaltılabilmesi için giderek artan şekilde tedbirlerin alındığı bir döneme tekabül etmektedir. Diğer taraftan, 7242 sayılı Kanun'un kabulü, pek çok tartışma ve eleştiriyi de beraberinde getirmiştir. Bu tartışma ve eleştiriler, söz konusu Kanun'un kabul edilerek yürürlüğe koyulmasında neden aceleci davranıldığı sorusunun doğmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda, çalışma konumuz özelinde, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazıyla ilgili olarak CGTİHK'de 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin COVID-19'la bir bağlantısının olup olmadığının incelenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

CGTİHK'de 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler bir bütün olarak incelendiğinde, bu değişikliklerle gözetilen başlıca amaçlardan birinin daha çok sayıda hükümlünün ceza infaz kurumu dışına çıkmasının sağlanması suretiyle ceza infaz kurumlarındaki doluluk oranının azaltılması olduğu görülmektedir. Ancak, bazı insan hakları komiteleri, dernekler ve çeşitli uluslararası örgütler ile bu örgütlerin kuruluş ve ofisleri gibi uluslararası alanda tanınan çeşitli çevreler tarafından da 2020 yılının Mart ayında dile getirildiği üzere ceza infaz kurumlarındaki doluluk oranı ile diğer şartların hükümlülere virüsün bulaşması riskini artırması, ceza infaz kurumlarında kalmakta olan hükümlülerin ve hatta buralarda görev yapan personelin ve genel olarak toplumun sağlıklarının ve hayatlarının korunması gerekliliğine bağlı olarak ceza infaz kurumlarındaki yoğunluğun azaltılması ihtiyacının ekstra önem kazanmasında ve 7242 sayılı Kanun'un ivedi bir şekilde kabul edilerek yürürlüğe koyulmasında etkili olmuştur. Diğer taraftan,

CGTİHK'ye 7242 sayılı Kanun'la eklenen geçici m. 9'da ise doğrudan COVID-19 salgınının gerekçe gösterildiği geçici düzenlemeler ihdas edilmiştir.

Hapis cezasının koşullu salıverilme öncesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı ile ilgili olarak 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin doğrudan COVID-19 salgını nedeniyle olanları incelendiğinde, çalışmamızda değindiğimiz ve eleştiri konusu edilebilecek çeşitli hususlar arasında en önemlisi, “denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı” ile güdülen amaç bakımından yerinde olmayan bir şekilde, hükümlülerin izinli sayılmak suretiyle denetim dışına çıkarılmış olmalarıdır. Cezaları, halihazırda infaz kurumu dışında, toplumsal ortamda infaz edilmekte olan bu hükümlülerin salgına karşı korunmaları gerekçesiyle tamamen denetim dışına çıkarılmaları anlamlı olmadığı gibi bu denetimsizliğin gerek hükümlülerin gerekse toplumun güvenliğini riske attığı da söylenebilir. Hapis cezasının koşullu salıverilme öncesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı ile ilgili olarak 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin dolaylı olarak COVID-19 salgını nedeniyle olanları incelendiğinde ise infaz hukuku sistemimizde muhtelif zamanlarda yapılan ve cezaevlerindeki yoğunluğu azaltmaya yönelik olan diğer düzenlemeler gibi bu düzenlemelerin de kısa süreli olarak etkili olacağı ve uzun vadede ceza infaz kurumlarındaki, kapasiteyi aşan doluluk sorununun çözümünü sağlamayacağı öngörülmektedir. Bu bağlamda, her ne kadar hükümlülerin sağlıklarının ve hayatlarının korunmasının gerekliliği göz ardı edilemez olsa da, geçmişte yapılan muhtelif benzer düzenlemeler gibi bu düzenlemelerin de cezanın infazı ile ulaşılmak istenen temel amaçlara (CGTİHK m. 3) ulaşılmasını engelleyici bir rol oynayabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bunun ise hükümlülerin ıslah edilerek topluma kazandırılabilmesi bakımından olumsuz bir işlev göreceği ve bu nedenle, toplumun güvenliğini riske atmak anlamına geldiği gibi ceza infaz kurumlarının yoğunluğuyla ilgili sorunun çözülememesine de sebep olacağı düşünülmektedir. Ayrıca, hapis cezasının koşullu salıverilme öncesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı usulünün, salt ceza infaz kurumlarının doluluğunu azaltmaya yönelik olarak kullanılmasının yerinde olmadığı ve bu durumun, bu infaz usulünün varlığının ve amacının sorgulanır hale gelmesine yol açtığı da ortadadır. Geline aşamada, benzer yaklaşımlarla benzer sonuçların elde edildiği ve ceza infaz kurumlarındaki kapasiteyi aşan yoğunluğa ilişkin sorunun çözülebilmesi için çok yönlü ve kapsamlı bir çalışmayla, uzun vadeli çözümler üretilmesi gerektiği açıktır.

## KAYNAKÇA

“Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekili Denizli Milletvekili Cahit Özkan, Milliyetçi Hareket Partisi Grup Başkanvekili Sakarya Milletvekili Muhammed Levent Bülbül ve Afyonkarahisar Milletvekili Ali Özkaya ile 57 Milletvekilinin Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2762) ve Adalet Komisyonu Raporu”, TBMM, Yasama Dönemi/Yılı: 27/3, Sıra Sayısı: 207, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss207.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

“Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi”, Esas No: 2/2762, Tarih: 31 Mart 2020, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2762.pdf>, (Erişim tarihi: 01.04.2021).

“COVID-19 Salgınının Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku, Vergi Hukuku ve Milletlerarası Hukuk Alanında Sebebiyet Verdiği veya Verebileceği Sorunlar ve Bunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, İ. Özgenç (Bölüm Editörü), *TÜBA COVID-19 Küresel Salgını: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu. COVID-19 Salgını Dolayısıyla Ulusal veya Uluslararası Alanda Ortaya Çıkan/Çıkabilecek Hukuki Sorunların Tespiti ile Bunların Çözümüne Yönelik Öneriler Raporu*, İ. Özgenç, H. Akkanat, H. Çağlar, H. H. Sümer, M. Özekes (Editörler), Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, TÜBA Raporları No: 36, Temmuz 2020, Ankara, s. 11-35.

Adıgüzel, Onursal. “Türkiye’de 88 bin kapasiteli 137 yeni cezaevi yolda”, *euronews*, 15 Temmuz 2019, <https://tr.euronews.com/2019/07/15/turkiye-de-88-bin-kapasiteli-137-yeni-cezaevi-yolda>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Akalın, Kazım Yiğit / Kaya, Müşerref Gözde / Sayan, Naci Mustafa. “7242 sayılı Kanun ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’daki Açık Ceza İnfaz Kurumları, Denetimli Serbestlik Tedbiri ve Koşullu Salıverilme Düzenlemeleri Üzerinde Yapılan Değişiklikler”, *7242 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere İlişkin Değerlendirmeler. Türk Ceza Hukuku Derneği Tarafından Hazırlanan Rapor*, 25 Haziran 2020, s. 89-129, <https://www.tchd.org.tr/wp-content/uploads/2020/06/infaz.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Akgün, Mert Hüseyin. “İnfaz Reformu Neler Getiriyor?”, *SETA Perspektif*, Sayı 270, Nisan 2020, <https://setav.org/assets/uploads/2020/04/P270.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Alan Akcan, Esra. “7242 Sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Genel Değerlendirilmesi”, *Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı*, (29 - 30 Mayıs 2020), Y. Çalışkan, Y. B. Gümrükçüoğlu, Ö. F. Erol, A. Dülger, G. A. Yakacak, Ö. F. Kafalı (Editörler), İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2020, s. 635-658, <http://openaccess.ihu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12154/1237/sempozyum14.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim Tarihi: 08.03.2021).

Anadolu Ajansı. “CHP, 90 bin kişinin tahliye olduğu yeni infaz düzenlemesinin iptali için Anayasa Mahkemesi’ne başvurdu”, *Haberler.com*, 11 Haziran 2020, <https://www.haberler.com/chp-yeni-infaz-duzenlemesinin-iptali-icin-anayasa-13314417-haberi/>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Aşçı, Arzu. “7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un İnfaz Hukuku ve Covid-19 Salgını Işığında Kısa Bir Değerlendirmesi”, *İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi COVID-19 ve Hukuk Sempozyumu*, M. Sur, M. Kasapoğlu Turhan (Editörler), On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 569-584.

Atalay, Osman. “7242 sayılı Yeni İnfaz Yasasının Getirdikleri”, *THD*, Cilt 15, Sayı 166, 2020, s. 1234-1248.

Baker, Luke. “Lock 'em up or let 'em out? Coronavirus prompts wave of prisoner releases”, *Reuters*, 25 Mart 2020, <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-prisoners-released-idUSKBN21C38R>, (Erişim Tarihi: 21.08.2021).

Canpolat, Can. “7242 sayılı ‘İnfaz’ Kanunu Yönünden ‘Amaç ve Sistem Sorunu’”, *Legal Yayıncılık, Legal Blog*, 25 Nisan 2020, <https://legal.com.tr/blog/genel/7242-sayili-infaz-kanunu-yonunden-amac-ve-sistem-sorunu/>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Çakır, Kerim. “Hapis Cezasının Koşullu Salıverilme Uygulanarak İnfazı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2020, s. 669-298.

Demirbaş, Timur. *İnfaz Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.

DLA PIPER. *A global anaysis of prisoner releases in response to Covid-19*, Aralık 2020, <https://www.dlapiper.com/en/us/news/2021/03/dla-piper-assists-vulnerable-individuals-in-prisons-around-the-world/>, (Erişim Tarihi: 21.08.2021).

European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT). *Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease (Covid-19) pandemic*, 20 Mart 2020, <https://rm.coe.int/16809cfa4b>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

EuroPris. *Overview of European prison services’ responses to the COVID-19 crisis*, 30 Mart 2020, <https://www.euopris.org/wp-content/uploads/2020/06/Overview-Commission-30-March-2020.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.08.2021).

Gökçen, Ahmet / İçer, Zafer. “Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması, Öngörülen Sürede İlgili Mercilere Teslim Olmaması Suçları (TCK m. 292, 293; CGTİK m. 97-1, 105-A-8, 58-3)”, *ABÜHFD*, Cilt 8, Sayı 16, 2020, s. 721-765.

IASC. *Interim Guidance. COVID-19: Focus on Persons Deprived of Their Liberty*, Mart 2020, <https://www.euopris.org/wp-content/uploads/2020/03/IASC-Interim-Guidance-on-COVID-19-Focus-on-Persons-Deprived-of-Their-Liberty.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.08.2021).

İnce, Fuat / Evcil, Fatma Yağmur. “Covid-19’un Türkiye’deki İlk Üç Haftası”, *SDÜ Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2020, s. 236-241.

Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.

Limoncu, Mustafa. “7242 sayılı Yasa ile İnfaz Düzenlemesi (Teorik Arka Plan ve Yapılan Düzenlemeye Genel Bir Bakış)”, *Konya Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2020, s. 45-70.

Mahmutoğlu, Fatih Selami. *Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi*, 12 Nisan 2020, <https://www.kanunonder.com.tr/article-read.php?a=5>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Ölmez, Gökhan / Ünal, Osman Gazi / Karabulut, Efe Can / Kaya, Funda. *İnfaz Hukuku*, 3. Baskı, İ. Özgenç, C. Şahin (Editörler), Seçkin, Ankara, 2020.

Özbek, Veli Özer. “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Hakkında Değerlendirmelerimiz”, *CHD*, Yıl: 15, Sayı: 42, Nisan 2020, s. 301-312.

Özbek, Veli Özer. *İnfaz Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.

Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem / Koca, Mahmut. “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi”nin Değerlendirilmesi, 6 Nisan 2020, <https://hacibayram.edu.tr/turkcemer/bilimselgorus1>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Özgenç, İzzet / Bayraktarlı, İhsan Yılmaz. “İnfaz Kurumlarındaki Hükümlü Sayısındaki Artış Sorunu ve Çözüm Önerisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2019, s. 129-139.

Özgenç, İzzet. “‘İzinli’ Olarak İnfaz Kurumu Dışına Çıkarılan Hükümlünün Süresinde İzinden Dönmemesi Halinde Ceza Hukuku Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay 16. Ceza Dairesi Kararının Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. İzzet Özgenç Ceza Hukuku Sitesi*, 28 Ağustos 2020,



<https://izzetozgenc.com/makale/>“izinli”-olarak-infaz-kurumu-disina-cikarilan-hukumlunun-suresinde-izinden-donmemesi-halinde-ceza-hukuku-sorumluluguna-iliskin-yargitay-16-ceza-dairesi-kararinin-degerlendirilmesi, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Seçkin, Ankara, 2020.

Öztürk, Gülay. “COVID-19 Salgın Sürecinde Hükümlü ve Tutukluların Yaşam Hakkı”, *THD*, Cilt 15, Sayı 166, 2020, s. 1176-1188.

Penal Reform International. *Coronavirus: Healthcare and human rights of people in prison*, 16 Mart 2020, <https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2020/03/FINAL-Briefing-Coronavirus.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.08.2021).

Sanıvar, Ramadan. *Modern İnfaz Hukuku ve Koşullu Salıverilme (Şartlı Tahliye) Kurumu*, Seçkin, Ankara, 2020.

Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. *Advice of the Subcommittee on Prevention of Torture to States Parties and National Preventive Mechanisms relating to the Coronavirus Pandemic*, 25 Mart 2020, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/OPCAT/AdviceStatePartiesCoronavirusPandemic2020.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Şen, Ersan / Başer Berkün, Beyza. “7242 sayılı Ceza İnfaz Kanunu Değişikliği”, *Hukuki Haber*, 14 Nisan 2020, <https://www.hukukihaber.net/7242-sayili-ceza-infaz-kanunu-degisikligi-makale,7705.html>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Şen, Ersan / Başer Berkün, Beyza. *Ceza İnfaz Kanunu Son Değişiklik Teklifi*, 2 Nisan 2020, <https://sen.av.tr/tr/makale/ceza-infaz-kanunu-son-degisiklik-teklifi>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü. “7242 Sayılı Kanun Kapsamında Bazı Hükümlüler İçin Uygulanan Covid-19 İzni ile İlgili Duyuru”, *Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü - Duyurular*, 29 Mart 2021, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/7242-sayili-kanun-kapsaminda-bazi-hukumluler-icin-uygulanan-covid-19-izni-ile-ilgili-duyuru29032021044547>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü. “7242 Sayılı Kanun Kapsamında Bazı Hükümlüler İçin Uygulanan Covid-19 İzni ile İlgili Duyuru”, *Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü - Duyurular*, 28 Mayıs 2021, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/7242-sayili-kanun-kapsaminda-bazi-hukumluler-icin-uygulanan-covid-19-izni-ile-ilgili-duyuru28052021075452>, (Erişim Tarihi: 21.08.2021).

T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü. “7242 Sayılı Kanun Kapsamında Bazı Hükümlüler İçin Uygulanan Covid-19 İzni ile İlgili Duyuru”, *Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü - Duyurular*, 30 Temmuz 2021, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/7242-sayili-kanun-kapsaminda-bazi-hukumluler-icin-uygulanan-covid-19-izni-ile-ilgili-duyuru30072021013757>, (Erişim Tarihi: 21.08.2021).

T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü. “7242 Sayılı Kanun Kapsamında Bazı Hükümlüler İçin Uygulanan Covid-19 İzni ile İlgili Duyuru”, *Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü - Duyurular*, 29 Eylül 2021, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/7242-sayili-kanun-kapsaminda-bazi-hukumluler-icin-uygulanan-covid-19-izni-ile-ilgili-duyuru29092021054324>, (Erişim Tarihi: 15.10.2021).

T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü. “Genel Bilgi”, *Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü - Ceza İnfaz Kurumlarımız*, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cik-genel-bilgi>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü. “Genel Bilgi”, *Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü - Ceza İnfaz Kurumlarımız*, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cik-genel-bilgi>, (Erişim Tarihi: 15.10.2021).

T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü. “Kovid-19 Pandemi Sürecinde Ceza İnfaz Kurumları - III”, *Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü - Duyurular*, 18 Şubat 2021, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/kovid-19-pandemi-surecinde-ceza-infaz-kurumlari-iii18022021065928>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü. “Kovid-19 Pandemi Sürecinde Ceza İnfaz Kurumları - IV”, *Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü - Duyurular*, 28 Haziran 2021, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/kovid-19-pandemi-surecinde-ceza-infaz-kurumlari-iv28062021073737>, (Erişim Tarihi: 21.08.2021).

T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü. “Kovid-19 Pandemi Sürecinde Ceza İnfaz Kurumları - V”, *Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü - Duyurular*, 1 Ekim 2021, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/kovid-19-pandemi-surecinde-ceza-infaz-kurumlari-v01102021070338>, (Erişim Tarihi: 15.10.2021).

T.C. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi” Hakkında Bilimsel Görüş, 10 Nisan 2020, <https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=ceza-ve-guvenlik-tedbirlerinin-infazi-hakkinda-kanun-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifi-hakkinda-bilimsel-gorus.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

T.C. Sağlık Bakanlığı. “Bakan Koca: ‘Dışarı Çıkmayalım, Virüse Fırsat Tanımayalım’”, *Sağlık Bakanlığı - Haberler*, 1 Nisan 2020, <https://www.saglik.gov.tr/TR,64846/bakan-koca-disari-cikmayalim-viruse-firsat-tanimayalim.html>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

T.C. Sağlık Bakanlığı. “Koronavirüs, Alacağımız Tedbirlerden Güçlü Değildir”, *Sağlık Bakanlığı - Haberler*, 11 Mart 2020, <https://www.saglik.gov.tr/TR,64383/koronavirus-alacagimiz-tedbirlerden-guclu-degildir.html>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Turhan, Faruk / Altıkat, Abdurrahim. “Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları”, *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2012, s. 1-46.

Türkiye İstatistik Kurumu. *Ceza İnfaz Kurumu İstatistikleri, 2019*, 2 Kasım 2020, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Ceza-Infaz-Kurumu-Istatistikleri-2019-33625>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. “Urgent action needed to prevent COVID-19 ‘rampaging through places of detention’ - Bachelet”, *United Nations Human Rights Office of the High Commissioner - News and Events*, 25 Mart 2020, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

United Nations Office on Drugs and Crime. *Position Paper: COVID-19 preparedness and responses in prisons*, 31 Mart 2020, [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC\\_Position\\_paper\\_COVID-19\\_in\\_prisons.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_Position_paper_COVID-19_in_prisons.pdf), (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

United States Institute of Peace. “Iran’s Response to Coronavirus”, *The Iran Primer*, 9 Nisan 2020, <https://iranprimer.usip.org/blog/2020/mar/04/iran-s-response-coronavirus>, (Erişim Tarihi: 21.08.2021).

Ünver, Yener. *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’de Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.

World Health Organization Regional Office for Europe. *Frequently asked questions about prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention (produced by WHO/Europe)*, 2020, [https://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0008/436904/prisons-FAQ-COVID-2019.pdf](https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/436904/prisons-FAQ-COVID-2019.pdf), (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

World Health Organization Regional Office for Europe. *Novel coronavirus emerges in China*, 10 Ocak 2020, <https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/news/news/2020/01/novel-coronavirus-emerges-in-china>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

World Health Organization Regional Office for Europe. *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention*, 15 Mart 2020, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/336525/WHO-EURO-2020-1405-41155-55954-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

World Health Organization. *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020*, 11 Mart 2020, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

World Health Organization. *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 13 March 2020*, 13 Mart 2020, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-mission-briefing-on-covid-19---13-march-2020>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Yenidünya, A. Caner. *Yeni İnfaz Düzenlemeleri Işığında Koşullu Salıverme, Hükümlülerin Açık Cezaevine Ayrılması ve Denetimli Serbestlik*, <https://www.yenidunyahukuk.com/dosyalar/yeni-infaz-duzenlemeleri.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

#### Mevzuat:

“Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği”, *Resmi Gazete*, 02.09.2012-28399, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=16564&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

“Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği”, *Resmi Gazete*, 05.03.2013-28578, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=17175&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

6291 sayılı “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, *Resmi Gazete*, 11.04.2012-28261, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/04/20120411-11.htm>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

6411 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, *Resmi Gazete*, 31.01.2013-28545, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130131-32.htm>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

6462 sayılı “Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Yer Alan Engelli Bireylere Yönelik İbarelerin Değiştirilmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, *Resmi Gazete*, 03.05.2013-28636, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/05/20130503-1.htm>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

6545 sayılı “Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, *Resmi Gazete*, 28.06.2014-29044, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140628-9.htm>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

6655 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, *Resmi Gazete*, 01.01.2016-29580, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/01/20160101-1.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

671 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”, *Resmi Gazete*, 17.08.2016-29804, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/08/20160817-18..htm>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

6757 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun”, *Resmi Gazete*, 24.11.2016-29898, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/11/20161124-4..htm>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

7242 sayılı “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, *Resmi Gazete*, 15.04.2020-31100, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/04/20200415-16.htm>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

7256 sayılı “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, *Resmi Gazete*, 17.11.2020-31307, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/11/20201117-1.htm>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

7331 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, *Resmi Gazete*, 14.07.2021-31541, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/07/20210714-8.htm>, (Erişim Tarihi: 20.08.2021).

## Covid-19 Salgınının Türk Milletlerarası Aile ve Sözleşme Hukukuna Etkisi\*

Cahit AĞAOĞLU 

Dr. Öğr. Üyesi, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Bölümü,  
[cahitagaoglu@beykent.edu.tr](mailto:cahitagaoglu@beykent.edu.tr) (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	Öz
<p><b>Makale Geçmişi</b> <b>Geliş: 06.05.2021</b> <b>Kabul: 29.10.2021</b> <b>Yayın: 09.11.2021</b></p> <p><b>Anahtar Kelimeler:</b> Covid-19 salgını, Kanunlar ihtilafı, Mücbir sebep, Doğrudan uygulanan kurallar.</p>	<p>Covid-19 salgınının pandemik etkisi hukukun tüm alanlarını olduğu gibi milletlerarası özel hukuk ilişkilerini de etkilemiştir. Bu etki özellikle yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde ve milletlerarası aile hukukunda gözlemlenmiştir. Dolayısıyla çalışmamızda öncelikle Covid-19 salgınının milletlerarası aile hukuku nezdinde ortaya çıkardığı uyuşmazlıklar ve bu uyuşmazlıkların giderilmesi üzerinde durulacaktır. Diğer taraftan Covid-19 salgını sonucu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar ve bu uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak hukuk konusu da incelenmeye çalışılacaktır. Uygulanacak hukuk, öncelikle tarafların akdettikleri sözleşme hükümlerine, sözleşmede hüküm bulunmaması durumunda milletlerarası anlaşmalara burada da bir düzenleme yer almaması durumunda ise Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) çerçevesinde belirlenecektir. Sözleşmeye uygulanacak hukuk, sözleşmenin tamamına baştan sona uygulanacaktır. Ancak MÖHUK m. 6 kapsamındaki doğrudan uygulanan kurallar, sözleşmeye uygulanacak hukukun istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla çalışmamızda Covid-19 salgını çerçevesinde alınan önlemlerin doğrudan uygulanan kural niteliği de tartışılacaktır. Doğrudan uygulanan kurallar sadece Türkiye açısından geçerli olmayıp, diğer ülkelerin de doğrudan uygulanan kuralları MÖHUK m. 31 çerçevesinde incelenecektir. Covid-19 salgını sonucu kanunlar ihtilafı bakımından uygulanacak hukukun kapsamını daraltan bir başka unsur da sözleşmenin ifa edileceği ülkede alınan tedbirler olduğu için, bu sınırlamalar da MÖHUK m. 33 çerçevesinde ele alınacaktır.</p>

### The Effect of Covid-19 Epidemic on Turkish International Family and Contract Law

Article Info	Abstract
<p><b>Article History</b> <b>Received: 06.05.2021</b> <b>Accepted: 29.10.2021</b> <b>Published: 09.11.2021</b></p> <p><b>Keywords:</b> Covid-19 epidemic, Conflict of laws, Force majeure, Directly applicable rules</p>	<p>The pandemic effect of Covid-19 has been arised on international private law relations as well as in all areas of law. This effect has been observed especially in contracts containing foreign element and in international family law. Therefore, in our study, we will primarily focus on the conflicts arising out of Covid-19 epidemic before international family law and the resolution of these conflicts. Furthermore, the disputes arising out of the Covid-19 epidemic and the law to be applied in the resolution of these disputes will also be examined. The applicable law will be precised primarily by the provisions of the contract, and in the absence of a provision in the contract, international agreements, and in the absence of any regulation herein, with regard to the Turkish Code on Private International and Procedural Law (CPIPL). The law to be applied to the contract shall apply to the entire contract from beginning to end. However, directly applied rules within the scope of CPIPL art. 6 appear as exceptions to the law to be applied to the contract. Therefore, in our study, the nature of the direct applied rules of the measures taken pursuant to the Covid-19 epidemic will also be discussed. The directly applied rules are not only valid for Turkey. The directly applied rules of other countries will be examined in the framework of CPIPL art. 31. Since another factor that narrows the scope of the law to be applied in terms of conflict of laws as a result of the Covid-19 epidemic is the measures taken in the country where the contract will be executed, These limitations will also be discussed in the context of CPIPL m. 33.</p>

**Atıf/Citation:** Ağaoğlu, C. (2021). "Covid-19 Salgınının Türk Milletlerarası Aile ve Sözleşme Hukukuna Etkisi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), s. 532-550.

**Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)"

\* Bu makale 10-12 Nisan 2021 tarihinde Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan özet bildirinin genişletilmiş halidir.



## GİRİŞ

Covid-19 salgınının pandemik etkisi milletlerarası özel hukuk ilişkilerini ciddi bir şekilde etkilemiştir. Bu etki göç ve iltica alanından milletlerarası aile hukukuna, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerden milletlerarası usul hukukuna hatta milletlerarası tahkim yargılamalarına kadar milletlerarası özel hukukun hemen hemen her alanında kendini göstermiştir.

Bir özel hukuk ilişkisinin uluslararası nitelik kazanması, içinde yabancılık unsuru bulunmasına bağlıdır. Yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkileri de ağırlıklı olarak sözleşmelere dayanmaktadır. Bununla birlikte Covid-19 tarafların iradelerinin sınırlı olduğu, örneğin çocukların iadesi konusu başta olmak üzere milletlerarası aile hukukuna ilişkin konularda da birçok uyuşmazlığın çıkmasına neden olmuştur. Uygulamada Covid-19 salgınının yol açtığı sorunlar genelde çocuğun iadesi konusunda çıkmış olup çalışmamızda çeşitli ülkelerde verilen mahkeme kararlarında Covid-19 salgınının çocuğun iadesi uyuşmazlıklarında nasıl uygulandığına ilişkin örnekler de yer verilecektir. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle Covid-19 salgını nedeniyle milletlerarası aile hukukunda meydana gelen uyuşmazlıklara yer verilecektir.

Diğer taraftan yabancılık unsuru içeren sözleşmeler bakımından Covid-19 salgını nedeniyle meydana gelebilecek olası uyuşmazlıklar Türk mahkemelerinin önüne geldiğinde, Türk mahkemelerinin hangi devletin hukukunu uygulayacağı sorusunun yanıtlanması gerekmektedir. Zira Covid-19 salgınının bir mücbir sebep olup olmadığı sorunu uygulanacak hukuka göre değişiklik arzedecektir. Diğer taraftan uygulanacak hukukun istisnaları da gündeme gelecektir. Örneğin Covid-19 salgınının, hem ülkemiz hem de üçüncü ülkeler bakımından doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyıp taşımadığı gibi unsurlar üzerinde durulacaktır. Bu nedenle Covid-19 salgınının gerek MÖHUK m. 6 gerekse de MÖHUK m. 31 çerçevesinde doğrudan uygulanan kural niteliği incelenerek yabancılık unsuru içeren sözleşmeler bakımından uygulanacak hukuka ilişkin sorunlara değinilmeye çalışılacaktır.

Çalışmamızda ayrıca Covid-19 salgınına karşı alınan önlemler neticesinde tarafların sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin ne şekilde etkileneceği üzerinde de durulacaktır. Bu amaçla MÖHUK m. 33 çerçevesinde ifanın gerçekleştirme biçimi ve alınan tedbirlere ilişkin düzenlemelere de yer verilecek olup alınan bu önlemlerin uygulanacak hukuka etkisi de tartışılacaktır.

### **I) Covid-19 Salgınının Milletlerarası Aile Hukuku'nda Çocukların İadesi'ne İlişkin Kanunlar İhtilafı Kurallarına Etkisi**

Covid-19 salgını milletlerarası aile hukukuna ilişkin birçok konuda etki doğurmuş bir salgındır. Özellikle boşanma sonrası velayet sahibi olmayan ebeveyn ile çocuk arasındaki görüşme, ziyaret gibi durumlar salgından olumsuz etkilenmiştir. Konuyla ilgili olarak, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı (*Hague Conference on Private International Law*) tarafından Covid-19 salgınına ilişkin olası sorunlara çözüm önerileri getiren “*Covid-19 Toolkit*” isimli acil önlem düzenlemeleri hazırlanmıştır<sup>1</sup>. Bu yardımcı metinde milletlerarası aile hukuku, milletlerarası usul hukuku ve milletlerarası ticaret hukuku gibi alanlarda uygulayıcılara yardımcı olabilecek rehber ve kaynaklar düzenlenmiştir. Milletlerarası aile hukuku bakımından

<sup>1</sup> <https://assets.hcch.net/docs/538fa32a-3fc8-4aba-8871-7a1175c0868d.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

çalışmamızın kapsamı gereği “Çocuk Kaçırılmalarının Uluslararası Veçhelerine 1980 Lahey Konvansiyonuna İlişkin Acil Önlemler”<sup>2</sup>, “Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin Sözleşmeye İlişkin Acil Önlemler” ve “Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşmeye İlişkin Acil Önlemler” bunlara örnek gösterilebilir. Çocuk nafakalarının salgın döneminde hızlı bir şekilde tahsilinin sağlamak amacıyla getirilen “i-support” veritabanı henüz kullanılmaya başlamış olsa da İsviçre, ABD, Fransa ve Almanya’nın da içinde bulunduğu 15 devlet adı geçen veritabanına iştirak etmiştir<sup>3</sup>.

Uygulamada da Covid-19 salgınının milletlerarası aile hukukuna etkisine ilişkin kararlara rastlanmaktadır. Bu kararlar daha çok “Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarının Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi” hükümlerine bağlı olarak değerlendirilen, iade istemi için “ciddi risk” istisnasını barındıran Sözleşme’nin m. 13(1)(b) hükmüne dayanmaktadır. Örneğin Londra Aile Mahkemesi’nin (*Royal Court of Justice Family Court*) nezdinde görülen davada çocuğun mutad meskeni olan Birleşik Krallık’tan Yunanistan’a götürülüp Covid-19 salgını nedeniyle iadesine yanaşılmaması üzerine, 1980 tarihli “Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarının Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi” çerçevesinde çocuğun iadesi talep edilmiştir. Mahkeme 1 Mayıs 2020 tarihinde, bu talebin Konvansiyon hükümlerine aykırı olduğuna ve çocuğun iadesinin reddedilebileceği istisnai hallerden olan “iadesinin çocuğun fiziksel veya psikolojik zarara yol açması” durumunun bu olayda uygulanmaması gerektiğine karar vermiştir<sup>4</sup>.

İade istemi için “ciddi risk” istisnasını barındıran Sözleşme’nin m. 13(1)(b) hükmünü gerekçe göstererek pandemi nedeniyle çocuğun ikametgâhına geri gönderilmemesi durumunda taraflar İyi Uygulama Rehberinden (*Guide to Good Practice*)<sup>5</sup> yararlanabilecekleri belirtilse de<sup>6</sup> doktrinde yine de İyi Uygulama Rehberi’nin kapsamının güncellenerek genişletilmesi ve “ciddi risk” kavramının kapsamına pandeminin de özel olarak dâhil edilmesi gerektiği savunan yazarlar bulunmaktadır<sup>7</sup>.

Aynı şekilde İngiliz Yüksek Divanı 27.03.2020 tarihinde, İspanya’dan İngiltere’ye götürülen 12 yaşındaki bir çocuğun iadesi talebine ilişkin olarak, Covid-19 salgınının Sözleşme’nin m. 13(1)(b) hükmünde düzenlenen çocuğun geri dönmesini engelleyen, çocuğu fiziksel zarara uğratacak ciddi risk olarak değerlendirip değerlendirilemeyeceği konusunda birçok hususu analiz ederek karar vermiştir<sup>8</sup>. Mahkeme ilk olarak, çocuğun iadesi talep edilen ülke ile

<sup>2</sup> <https://assets.hcch.net/docs/2aee3e82-8524-4450-8c9a-97b250b00749.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

<sup>3</sup> HCCH Covid-19 Toolkit, s. 5.

<sup>4</sup> IN v. DK Kararı, Re N (a child) [2020] EWFC, 01.05.2020, [https://www.familylaw.co.uk/news\\_and\\_comment/re-n-\(a-child\)-2020-ewfc-35](https://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/re-n-(a-child)-2020-ewfc-35), (Erişim Tarihi 04.04.2021). Karar için aynı zamanda bkz, Ekşi, Nuray. *Covid-19 Sürecinde Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s. 103 vd.; Akın, Özlem Canbeldek, “Milletlerarası Özel ve Usul Hukuku Kapsamında Covid 19 Pandemi Sürecine İlişkin Değerlendirme”, *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu*, Editör Muhammet Özkes, On İki Levha Yayınları, Haziran 2020, s. 782.

<sup>5</sup> <https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf>.

<sup>6</sup> HCCH Covid-19 Toolkit, s. 3.

<sup>7</sup> Rusinova, Nadia; “Child Abduction in times of Corona”, <<https://conflictoflaws.net/2020/child-abduction-in-times-of-corona/?print=pdf>>, s. 6, (Erişim Tarihi 02.04.2021).

<sup>8</sup> Re PT (A Child) [2020] EWHC 834 (Family Division), 31 March 2020, [https://www.familylaw.co.uk/news\\_and\\_comment/re-pt-\(a-child\)-2020-ewhc-834-\(fam\)](https://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/re-pt-(a-child)-2020-ewhc-834-(fam)), (Erişim Tarihi: 02.04.2021). Kararın detaylı analizi için bkz. Sirmen, Kazım Sedat, “Covid 19 Salgını Sürecinin 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi’ndeki “Ciddi Risk” İstisnasının Uygulanmasına Etkisi – İngiliz Yüksek Divanı’nın 27 Mart 2020 Tarihli KR v. HH. Kararı-”, *Covid-19 Küresel*

götürüldüğü ülkedeki ölümlü vaka sayısına bakmış ve ölümlü vaka sayısının daha fazla olduğu ülkeye gitmesinin virüsün bulaşma riskini arttıracığına kanaat getirmiştir. İkinci olarak ise çocuğun yapacağı ülkeler arası hava yolculuğunu dikkate alarak hastalığa yakalanma riskini arttıracığını tespit etmiştir. Bu bağlamda mahkeme Birleşik Krallık Hükümeti'ne danışarak, sağlık sorunlarının olmaması ve genç olması nedeniyle çocuğun virüse yakalanma riskinin az olduğu, annesinin hamileliğinden ötürü riskinin fazla olduğunu dolayısıyla annenin sosyal bakımdan izole olması gerektiğine vurgu yapmıştır. Mahkeme ayrıca; İspanya'daki vaka sayısının İngiltere'dekinden çok daha fazla olsa dahi, her iki ülkenin de daha az veya fazla güven teşkil ettiği noktasında, tespitin güç olduğunu zira salgının her iki ülkede de ciddi bir tehdit olduğunu belirlemiştir. Buna ek olarak mahkeme, uçak seyahati normalden fazla risk teşkil etse de, İngiltere ile İspanya arasında uçak seferlerinin hâlâ devam ettiğine zira hükümetler tarafından seferleri durduracak kadar yüksek bir risk görülmediğine, bu nedenle çocuğun Covid-19 virüsüne yakalanma riskinin Sözleşme'nin m. 13(1)(b) kapsamında fiziksel zarara ilişkin ciddi risk kapsamına sokulamayacağına ve çocuğun İspanya'ya dönmesine karar vermiştir<sup>9</sup>.

Covid-19 salgınının çocuğun iade talebine ilişkin olarak ciddi risk teşkil edip etmediği konusu Ermenistan'dan Almanya'ya götürülen çocuğun iadesi talebiyle açılan davada, Alman mahkemeleri tarafından 23 Nisan 2020 tarihinde verilen kararda kendini göstermektedir<sup>10</sup>. Alman Mahkemesi Covid-19 salgınına ilişkin detaylıca bir analiz yapmadan, hem Almanya'dan Ermenistan'a direk uçuş olmamasını hem de uçak seyahatini ciddi risk olarak değerlendirmemiştir. Buna ek olarak Ermenistan'da Almanya'dan daha fazla Covid-19 riskiyle karşılaşılabilmesine dair somut bir delilin olmadığını ve Ermenistan'a seyahatin Covid-19 için kaçınılmaz bir sonuç yaratmayacağını tespit ederek, Almanya'ya götürülen çocuğun iadesine ve bu iadenin de 4 haftalık bir süre içinde tamamlanmasına karar vermiştir<sup>11</sup>.

Benzer düzenlemeler Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme'nin uygulanması bakımından Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı (*Hague Conference on Private International Law-HCCH*)<sup>12</sup> tarafından alınan acil önlemler paketinde de görülmektedir. Çocuğun evlatlık olarak gideceği ülkeye seyahatinin düzenlenmesi bakımından her türlü sağlık önlemlerinin alınması hatta çocuğun evlat edinen tarafından alıp götürülmesine izin verilmesi gibi önlemler bunlara örnek gösterilebilecektir.

## II) Covid-19 Salgınının Yabancılık Unsuru İçeren Sözleşmelere Uygulanacak Hukuka Etkisi

Yabancılık unsuru içeren sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda mahkeme öncelikle, bu sözleşme hükümlerine göre uyuşmazlığı çözme yoluna gidecektir. Ancak sözleşmenin geçerliliği, sözleşme hükümlerinin yorumlanması veya sözleşmede uygulanacak hukuk konusunda herhangi bir hüküm olmaması durumunda sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk uygulama alanı bulacaktır. Buna ek olarak aynı zamanda Türkiye'nin taraf olduğu bir

*Salgınının Hukuktaki Yansımaları, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, Editör Kemal Şenocak, Ankara 2021, Yetkin Yayınları, s. 667 vd.

<sup>9</sup> Sirmen, s. 678-679.

<sup>10</sup> AG Hamm – 32 F 14/20 – 23 April 2020, <https://www.incadat.com/en/case/1472>, (Erişim Tarihi: 02.04.2021).

<sup>11</sup> Ibid. Aynı zamanda bkz. Sirmen, s. 681, dn. 37.

<sup>12</sup> <https://assets.hcch.net/docs/538fa32a-3fc8-4aba-8871-7a1175c0868d.pdf>.

milletlerarası anlaşma olması durumunda ise milletlerarası anlaşma hükümleri sözleşme hükümlerinden daha önce uygulanacaktır. Dolayısıyla yabancılik unsuru barındıran sözleşmelerde Covid-19 nedeniyle meydana gelen uyuşmazlıkların hangi hukuk uygulanarak karara bağlanacağına belirlenmesi öncelikle tarafların sözleşmede seçtikleri hukuka, sözleşmede hüküm yoksa Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalara göre, burada bir hüküm bulunmaması durumunda ise MÖHUK'ta düzenlenen kanunlar ihtilafı kurallarına göre gerçekleşecektir.

### A) Hukuk Seçiminin Taraflarca Yapılması

Millî hukuk sistemlerinde yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesi<sup>13</sup>, milletlerarası özel hukuka irade muhtariyeti ilkesi olarak yansımış ve taraflara yabancı unsur içeren sözleşmelere uygulanacak hukuku seçme olanağı tanınmıştır. Bununla birlikte taraflar, aralarındaki ilişki bakımından mücbir sebep sayılabilecek olayları sınırlandırabilir veya mücbir sebebe bağlı olarak sözleşmenin akıbetini belirleyecek maddeler de ekleyebilir. Taraflar, hukuk seçimi yaparken uluslararası kuruluşlarca hazırlanan model klotlardan veya matbu sözleşme örneklerinden yararlanarak da “*incorporation by reference*” yoluyla hukuk seçimi yapabilir<sup>14</sup>. Ancak tarafların tüm olası uyuşmazlıkların çözümünü içerecek şekilde bir sözleşme yapması her zaman mümkün olmayabilir. Bu nedenle sözleşmede düzenlenmeyen konularda çıkabilecek olası uyuşmazlıkları bertaraf edecek bir hukuk sistemine ihtiyaç bulunmaktadır<sup>15</sup>. İster taraflarca kalem alınmış olsun ister bir başka yerden alınarak sözleşmeye eklensin, sözleşmenin yorumu, geçerliliği ve akıbeti, sözleşmeye uygulanacak hukuka göre belirlenmektedir. Zira sözleşmeye uygulanacak hukuk, sözleşmenin başından sonuna kadar uygulanır. Dolayısıyla, daha sözleşmenin en başından stratejik olarak ileride meydana gelebilecek uyuşmazlıkların önüne geçmeye yarayacak nitelikte bir hukuk seçimi yapılmasına dikkat edilmelidir. Burada özellikle Covid-19 salgınının mücbir sebep niteliği de değerlendirilmelidir. Zira sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk mücbir sebebin varlığına, çeşitlerine ve bu mücbir sebeplerin tarafların yükümlülükleri üzerindeki etkisine de uygulanacaktır.

Yabancılik unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuk bakımından tartışılan konulardan biri yukarıda bahsedildiği gibi Covid-19 salgınının mücbir sebep olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu ile salgının mücbir sebep olarak kabul edilmesi durumunda ne gibi sonuçlar doğuracağı meselesidir. Mücbir sebep Türk Hukukunda olduğu gibi karşılaştırmalı hukukta da sözleşmeler açısından tarafların yükümlülüklerini ortadan kaldıran bir kavram olarak kabul edilmiştir<sup>16</sup>. Covid-19 salgınından kaynaklanan durumların mücbir sebep olarak kabul edilip edilmemesi için her somut olayın ayrı ayrı değerlendirilerek karar verilmesi gerekir. Zira bir olayın mücbir sebep olarak değerlendirilebilmesi için; tarafların ve sözleşmenin

<sup>13</sup> Aynı zamanda irade serbestisi olarak da adlandırılan ve Türk Borçlar Hukukuna hâkim olan en önemli ilkelerden biri olan sözleşme özgürlüğü, bilindiği gibi kanuni sınırlar çerçevesinde sözleşmenin taraflarına sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin kiminle yapılacağını, içeriğini, tür ve şeklini belirleme, bunları değiştirme ve sonlandırma haklarını vermektedir.

<sup>14</sup> Buna MTO tarafından çıkarılan ve Covid-19 döneminde güncellenen model sözleşme maddeleri örnek gösterilebilir. Bu maddeler için bkz. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf>, (Erişim Tarihi: 02.04.2021). Ayrıca bkz. Şanlı, Cemal. *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 43 vd.

<sup>15</sup> Şanlı, Cemal / Esen Emre / Ataman-Figanmeşe, İnci. *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s. 289-290.

<sup>16</sup> Ekşi, s. 130.

niteliği, Covid-19 etkisinin ve buna bağlı olarak alınan önlemlerin ne derece ortadan kaldırılabilir olduğu, sözleşmede yer alan risk grupları ve bunların yapısı gibi birçok unsurun uygulanacak hukuka göre de belirlenmesi gerekir<sup>17</sup>. Dolayısıyla sözleşmeye Türk Hukukunun uygulanması kararlaştırılmışsa Covid-19 salgınının mücbir sebep olup olmadığı da Türk Hukukuna göre belirlenecektir. Doktrinde Covid-19 salgınının tarafların sözleşmenin imzalanması aşamasında öngöremeyecekleri bir durum olması, dünyaya yayılan niteliği ve bu nedenle alınan önlemler çerçevesinde ciddi kısıtlamalar getirmesi nedeniyle, Türk Hukuku bakımından Covid-19 mücbir sebep olarak değerlendirilmiştir<sup>18</sup>. Kanaatimizce de Covid-19 salgınının sözleşmenin kuruluş aşamasında tüm dünyayı etkileyecek pandemik etkisinin öngörülmesinin zor olması ve borçlunun salgın nedeniyle alınan önlemlere karşı bireysel olarak mücadele etmesi mümkün olmayacağından burada mücbir sebebin varlığını kabul etmek ve borçluyu yükümlülüklerini yerine getirmemekten dolayı sorumlu tutmamak gerekir.

## B) Milletlerarası Antlaşmalar Çerçevesinde Belirlenen Hukuk

Yabancılık unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuk bakımından MÖHUK m. 1(2) gereği milletlerarası anlaşmalara da değinmek gerekmektedir. Zira Covid-19 salgını nedeniyle meydana gelen uyuşmazlığın çözümünde Türkiye'nin taraf olduğu bir milletlerarası anlaşma varsa bu anlaşma hükümleri kanunlar ihtilafı kurallarına göre öncelikle uygulanmalıdır.

Bu sözleşmelerden en önemlisi Milletlerarası Menkul Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG)<sup>19</sup> gelmektedir. Sözleşme aynı zamanda "Viyana Sözleşmesi" olarak da anılır. Sözleşmenin önemi doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip bulunmasıdır. Bu nedenle taraflar sözleşme kapsamına giren bir menkul mal satımı gerçekleştiriyor ve alıcı ile satıcının işyerlerinin bulunduğu ülkeler bu sözleşmeye taraf ise (m. 1/a) veya davanın görüldüğü ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları bu anlaşmaya taraf bir devletin hukukunu yetkili kılıyorsa (m. 1/b) sözleşme doğrudan uygulanmaktadır. Sözleşme hükümlerinin uygulanmasını istemeyen taraflar negatif hukuk seçimi şeklinde CISG hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmelidir (m. 6).

Yabancılık unsuru içeren menkul satım sözleşmesi CISG'ye tabi ise CISG m. 79'da mücbir sebebe ilişkin düzenleme işbu sözleşmeye uygulanacaktır<sup>20</sup>. 'Sorumluluktan Kurtulma' başlıklı CISG m. 79/1'e göre, taraflardan biri sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini kontrolü dışında kalan bir sebeple ifa edemiyor ve bu sebebi öngörmesi de sözleşmenin kuruluş aşamasında

<sup>17</sup> Bu konuda bkz. Akkanat Halil. "Covid-19 Salgınının Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Alanında Yol Açtığı Hukukî Sorunların Değerlendirilmesi", *TÜBA Covid-19 Küresel Salgını: Hukukî Değişim ve Etkileşimler Raporu*, Editörler: İzzet Özgenç / Halil Akkanat / Hayrettin Çağlar / Haluk Hadi Sümer / Muhammet Özkes, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, TÜBA Raporları No: 36, Ankara Temmuz 2020, s. 39 vd.; Özçelik, Ş. Barış. "Covid-19 Salgını Çerçevesinde Alınan Önlemlerin Sözleşme Hukuku ve Mücbir Sebep Kavramı Açısından Değerlendirilmesi", *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, Editör Muhammet Özkes, İstanbul 2020, s. 283 vd.

<sup>18</sup> Oğuz, Arzu. "Covid-19, Mücbir Sebep ve Sözleşmelere Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15 S. 166, 2020, s. 1275 vd.

<sup>19</sup> RG: 07.04.2010 – 27545. Sözleşme 01.08.2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

<sup>20</sup> Özçelik, s. 288 vd.; Cumaloğlu, Emre, "Covid-19 (Yeni Korona Virüsü) Pandemisinin; Öngörülebilir İhlal Kavramı ve Uluslararası Satış Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirmesi", *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu*, Editör Muhammet Özkes, On İki Levha Yayınları, Haziran 2020, s. 347-348.



mümkün değil ise veya ilgili kişi söz konusu engel ve sonuçlarından kaçınması veya bu engeli ortadan kaldırmasının mümkün olamayacağını ispatlar ise sorumluluktan kurtulabilmektedir.

Yükümlülüklerin ifa edilmemesi, ifa ile görevli bir üçüncü kişiden kaynaklanıyorsa, bu tarafın sorumluluktan kurtulması ancak birinci fıkrada belirtilen şartlara göre sorumluluktan kurtulmasına ve yine ilk fıkradaki şartların meydana gelmesi durumunda görevlendirilen kişi de sorumluluktan kurtulacak olursa mümkündür.

CISG m. 79'da belirtilen sorumluluktan kurtulma şartları, zaman bakımından engelin mevcut olduğu süre boyunca geçerlidir (CISG m. 79/3). Kaldı ki, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeyen taraf, hem engeli hem de engelin kendi yükümlülükleri üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmekle mükelleftir. Bu bildirim, makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmazsa, oluşan zarar zararı ifa etmeyen tarafça üstlenilir (CISG m. 79/4). Bu madde, tarafların bu Anlaşma nezdinde tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasına mani değildir (CISG m. 79/5).

Görüldüğü gibi CISG'de borçlunun sorumluluğunun kusursuz sorumluk olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla borçlunun kendisine yüklenemeyecek bir kusur nedeniyle borcunu ifa edememesi durumunda sorumluluğu doğmamaktadır. Covid-19 salgını borçlunun sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak görülmektedir. Ancak COVID-19 salgını ve salgın nedeniyle getirilen tedbirler teorik olarak mücbir sebep olarak değerlendirilse de, uygulamada COVID-19 salgınının borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmadığı özel olarak sözleşme hükümleri ile birlikte değerlendirilmez. Bu anlamda sözleşmesel yükümlülük taraflarca önceden öngörülemeyen tamamen taraflardan bağımsız gerçekleşen özellikte COVID-19 salgını sonucu yerine getirilemiyorsa borçlu sorumlu tutulmayacaktır. Önemle belirtelim ki, CISG m. 80 gereği, taraflardan biri diğerinin yükümlülüklerini ifa etmemesine kendi eylemi veya eylemsizliği ile sebebiyet vermişse, karşı tarafın edimini ifa etmemesine dayanamayacaktır<sup>21</sup>.

Bunun dışında Covid-19 salgınının uluslararası eşya taşımalarına ilişkin anlaşmalara da önemli etkileri olmuştur. Bu konuda Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar oldukça fazladır. Ayrıca bu anlaşmaların çeşitli maddelerinde tarafların kusurundan kaynaklanmayan veya mücbir sebep olarak öngörülen unsurlara ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin "*Karayolu ile Eşya Taşımacılığına Dair Akitlerle İlgili 1956 tarihli Cenevre Sözleşmesi*" (CMR)<sup>22</sup> m. 17/2 hükmü<sup>23</sup> veya "*Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Montreal Sözleşmesi*" m. 19 hükmü<sup>24</sup> veya "*Deniz Taşımalarına İlişkin Konşimentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Anlaşma*" m. 4/2

<sup>21</sup> Apaydın, Eylem, "CISG M.79 Uygulaması Açısından Covid-19 Salgını", *Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu*, Editörler Yusuf Çalışkan, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ömer Faruk Erol, Ahmet Dülger, Gülnihal Ahter Yakacak, Ömer Faruk Kafalı, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2020, s. 38.

<sup>22</sup> RG: 04.01.1995-22161.

<sup>23</sup> CMR'nin m. 17/2 hükmüne göre yüke ilişkin her türlü kayıp, hasar veya gecikme taşımacının hatasından değil de istek sahibinin hatası veya ihmalden, istek sahibinin verdiği talimattan, yüke has bir kusurdan yahut da taşımacının önleyemeyeceği durumlardan ileri gelmiş ise, taşımacı bu zarardan sorumlu tutulamaz.

<sup>24</sup> RG: 01.10.2010-27716. Montreal Sözleşmesi m. 19 hükmüne göre öncelikle taşıyıcının yolcuların bagaj ve kargonun hava yoluyla taşınmasındaki gecikmelerde meydana gelen hasardan sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Ancak taşıyıcının, kendisinin ya da çalışanlarının ve acentesinin hasardan kaçınmak için gerekli tüm tedbirleri aldıklarını veya kendisi ya da çalışanları ve acenteleri için bu tedbirleri almalarının imkânsız olduğunu ispatlaması durumunda gecikmeden kaynaklanan hasar için sorumlu olmayacağı da madde hükmüne eklenmiştir.

hükmü<sup>25</sup> bunlara örnek gösterilebilecektir. İşte Covid-19 salgını nedeniyle getirilen sınırlamalar bu sözleşmelerin kapsamına girdiği ölçüde, bu sınırlamalardan kaynaklanan uyuşmazlıklar da işbu sözleşme hükümlerine göre çözümlenecektir<sup>26</sup>.

Yabancılık unsuru içeren sözleşmelere, sözleşme hükümlerinin yanı sıra gerek milletlerarası anlaşmalar gerekse de kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde Türk Hukuku'nun uygulanması söz konusu olursa Covid-19 salgınının mücbir sebep niteliği Türk Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde belirlenmektedir<sup>27</sup>. Dolayısıyla Covid-19 salgınından etkilenen bir borçlu alması gereken tüm tedbiri almasına rağmen Covid-19 salgınının zararını bertaraf edememişse, sözleşme hükümleri saklı kalmak kaydıyla Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 118 ve 119 hükümleri gereği mücbir sebep hükümlerine dayanarak borcundan kurtulabilir<sup>28</sup>. Ayrıca TBK m. 136 çerçevesinde borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlıklar ve TBK m. 138 çerçevesinde sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması, bir süre askıya alınması, tarafların bir süre ifadan imtina etme imkânı sağlanması, sözleşmenin süresinin uzatılması gibi diğer olanaklardan yararlanmanın da mümkün olduğu ifade edilmiştir<sup>29</sup>.

### C) MÖHUK Hükümlerine göre Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelere uygulanacak hukuk MÖHUK'un m. 24-33. hükümlerinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla taraflardan birinin örneğin uluslararası ticarî sözleşmede yer alan yükümlülüklerini Covid-19 nedeniyle yerine getirememesi durumunda, MÖHUK'da belirtilen bağlama kuralları aracılığıyla tespit edilecek yetkili hukuk, Covid-19 salgınına bağlı sonuçlara da uygulanacaktır.

MÖHUK m. 24 hükmü sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk kuralını içermekte, MÖHUK m. 25 ilâ 29 hükümlerinde özel nitelikli bazı sözleşme türlerine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları yer almaktadır. Dolayısıyla MÖHUK m. 25 ilâ 29 kapsamına girmeyen yabancılık unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24'e göre belirlenecektir<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> RG: 22.02.1955-8937. Sözleşme m. 4/2 hükmünde hangi durumlarda kayıp ve hasarlardan nakliyecisi ve geminin mesul olmadığını sıralanmıştır. Konumuzla ilgisi bakımından maddenin özellikle (d) bendinde belirtilen ari ve semavi afetler, (h) bendinde belirtilen karantina tehdidi ve (r) bendinde belirtilen nakliyecinin, nakliyecisi acenta ve memurlarının ihmal veya teseyyüplerinden ileri gelmeyen diğer sebepler örnek gösterilebilir.

<sup>26</sup> Esen, Emre. "Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerden Covid-19 Pandemisi Sebebiyle Doğabilecek Uyuşmazlıkların Çözümü", *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, Editör Muhammet Özekes, İstanbul 2020, s. 770-771.

<sup>27</sup> Ekşi, s. 138-139; Baysal Başak / Uyanık Murat / Yavuz M. Selim. "Koronavirüs 2019 (Covid-19) ve Sözleşmeler", *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, Editör Muhammet Özekes, İstanbul 2020, s. 269 vd.; Aydoğdu, Murat / Yağcıoğlu, Ali Haydar. *Kovid-19 Salgınının Borç İlişkilerine ve Yargılamaya Etkileri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020; Özçelik, s. 283 vd.; Yücel, Özge. "Covid 19 Salgınının Borç İlişkilerine Hukuksal Etkileri", *Terazi Hukuk Dergisi* C. 15 S. 166, 2020, s. 1190 vd.; Yıldırım, Abdülkerim. "Koronavirüs Krizinin Özel Hukuk Sözleşmelerine Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi* C.15 S. 165, 2020, s. 986

<sup>28</sup> Baysal / Uyanık / Yavuz, s. 271 vd.; Akkanat, s. 43-44.

<sup>29</sup> Baysal / Uyanık / Yavuz, s. 274 vd.; Akkanat, s. 46.

<sup>30</sup> MÖHUK m. 24 hakkında bkz Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 320 vd.; Çelikel, Aysel / Erdem, B. Bahadır. *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s. 380 vd.; Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 322 vd.; Tekinalp, Gülören, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 275 vd.

Covid-19 salgınının mücbir sebep olup olmadığı, salgının ifa imkânsızlığı veya aşırı ifa güçlüğüne sebebiyet verip vermediği, Covid-19 nedeniyle doğacak hukukî sonuçlar ve tarafların bu konudaki hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması, sözleşme hükümlerinin geçerli olup olmadığı ve ne şekilde yorumlanması gerektiği ile sözleşmede hüküm olmadığı durumlarda hangi kuralların uygulanacağı, Türk mahkemesi tarafından sözleşmenin tâbi olduğu kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenmektedir<sup>31</sup>.

Örneğin yabancıların Türkiye’de bir taşınmazı kiralaması durumunda, kiralandan Covid-19 salgını nedeniyle kapatılmış ve kira bedeli ödenemez hale gelirse, taşınmaz sahibinin kira alacağı veya tahliye davası açması durumunda hangi hukukun uygulanacağı MÖHUK m. 25 hükmü doğrultusunda belirlenmektedir. Bu madde hükmünde de uygulanacak hukuk taşınmazın bulunduğu yer hukuku olarak düzenlendiği için, Türkiye’de bulunan bir taşınmazın kira alacağı veya tahliyesine Türk Hukuku uygulanacaktır<sup>32</sup>. Ayrıca Covid-19 nedeniyle Türkiye’de kiracıları koruyan düzenlemelerin var olması durumunda bu düzenlemeler yabancılık unsuru taşıyan kira sözleşmeleri için de uygulanabilir<sup>33</sup>.

Tüketici ve iş sözleşmeleri özellikli olmaları nedeniyle diğer sözleşmelere nazaran daha farklı bir düzenlemeye sahiptir. İç hukukumuzda, sözleşmenin diğer tarafına göre daha zayıf olduğu düşünülen tüketicinin ve işçinin aleyhine olabilecek bir hukuk seçimini engellemek amacıyla, tüketici ve iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda hukuk seçimine izin verilmekle birlikte, bu seçim sınırlı bir hukuk seçimidir. Nitekim bu tür sözleşmelerde seçilen hukuk tüketicinin mutad meskeninin, işçinin ise mutad işyerinin sağladığı asgari korumayı sağlamak durumundadır. Dolayısıyla bu hukuklardan daha üst bir koruma sağlayan hukukun seçimine izin verilmiştir.

Covid-19 salgınının yabancılık unsuru içeren tüketici sözleşmelerine etkisi yadsınamaz. Özellikle havaalanı işletmecileri ve havayolu taşıma şirketlerinin, otellerin gerekli tedbirleri almaması veya paket turların iptali<sup>34</sup> sonucu açılacak davalarda uygulanacak hukuk MÖHUK m. 26 kapsamında düzenlenmektedir<sup>35</sup>. Ancak davanın tarafları arasında bir sözleşme ilişkisinin olmadığı durumlarda, Covid-19 virüsünden dolayı oluşan zarar tazmininde MÖHUK m. 26 hükmü yerine haksız fiillere ilişkin MÖHUK m. 34 hükmü kapsamında belirlenecek kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır.

Diğer taraftan Covid-19 salgınının olumsuz etkisinin en çok hissedildiği alanlardan biri de iş sözleşmeleridir. Yabancılık unsuru içeren iş sözleşmeleri bakımından hangi hukukun

<sup>31</sup> Esen, s. 774.

<sup>32</sup> Bu konuda bkz. Yüce, Melek Bilgin, “Koronavirüs Salgını Nedeniyle Hükümet Kararıyla Kapatılan İşyerlerinin Kira Sözleşmelerinin Akıbetinin Değerlendirilmesi”, *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, Editör Muhammet Özkes, İstanbul 2020, s. 413 vd.; Akman, Nurten İnce, “Türk Hukuku ve Alman Hukukunda Covid 19 Salgınının Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının ve Kiraya Veren Borçlarına Etkisi”, *Covid-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, Editör Kemal Şenocak, Yetkin Yayınları, 2021, s. 39 vd.; Arat, Ayşe, “Küresel Salgının İşyeri Kiralarına Etkisi ve Çözüm Önerileri”, *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, Editör Muhammet Özkes, İstanbul 2020, s. 441 vd.;

<sup>33</sup> Ekşi, s. 111.

<sup>34</sup> Covid-19 salgınının paket turlara etkisi bakımından bkz. Girgin, Ömer Ali / Löw, Sebastian, “Package Tour Contracts in Times of COVID-19”, *ÜHFD 2020, C. 78 S. 2, s. 563-577*.

<sup>35</sup> Ekşi, s. 115-116.

uygulanacağı MÖHUK m. 27 hükmüne göre belirlenmektedir. Örneğin işyerinde Covid-19 virüsü bulaşması veya sağlık personeline yetecek miktarda ekipman temin edilmemesi gibi konular, uyuşmazlık olarak mahkemelerin önüne gelebilmektedir<sup>36</sup>. İşyerinde gerekli önlemlerin alınmaması gerekçesiyle Covid-19 virüsüne maruz kalan veya Covid-19 nedeniyle işten çıkarılan veya maaşı ödenmeyen işçiler MÖHUK m. 27 kapsamında uygulanacak hukuka tabi olacaktır<sup>37</sup>. Ancak iş güvenliğine ve sosyal güvenliğe ilişkin Türk mevzuatı ile Covid-19 kapsamında çalışma hayatına ilişkin olarak alınan önlemler MÖHUK m. 6 kapsamında doğrudan uygulanan kural niteliğini haiz oldukları için, bu konuda herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda uyuşmazlığa MÖHUK m. 27 değil, doğrudan Türk Hukuku uygulanacaktır. Örneğin Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından düzenlenen 2020/12 sayılı Genelge ile Covid-19 salgınına yakalanan ve sağlık hizmeti almak için başvuran sigortalılara hastalık sigortası kapsamında provizyon alınması gerektiği belirtilmiştir. Böylece SGK Covid-19 salgınına iş kazası olarak değil küresel salgın olarak kabul ederek, işverenden tazminat alıp almama tartışmalarına netlik kazandırmıştır<sup>38</sup>. Yargıtay da Covid-19 salgını nedeniyle işveren tarafından ücretsiz izne çıkarılan işçinin talep ve onayının alınması gerektiğini vurgulamış, onay alınmadan veya işçinin talebi olmadan tek taraflı kullandırılan ücretsiz iznin haksız fesih olarak değerlendirmiştir<sup>39</sup>.

Yukarıda saydığımız özel nitelikteki sözleşmeler kapsamına girmeyen durumlarda ise MÖHUK m. 24 hükmü uygulanacaktır. Bu hüküm ile, taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı getirilmiştir. Sözleşme serbestisinin bir yansıması olan bu hukuk seçimi sözleşmenin bir kısmına uygulanabileceği gibi tamamına da uygulanabilir. Taraflar hukuk seçimini diledikleri zaman yapabilmektedir. Tarafların bir hukuk seçiminde bulunmamaları halinde ise sözleşme ile en sıkı ilişki halinde bulunan hukukun uygulanacağı belirtilmiştir. Bunun belirlenmesi bakımından ise karakteristik edim borçlusu kavramına yer verilmiş ve ticarî nitelikteki sözleşmeler bakımından karakteristik edim borçlusunun işyeri hukukunu, birden fazla işyeri varsa o sözleşmeyle en sıkı ilişkide bulunan işyeri hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak halin icabına göre bu sayılanlardan daha sıkı ilişkili hukuk bulunuyorsa bu ülke hukukunun uygulanacağı da belirtilmiştir.

Bahsi geçen kurallara göre belirlenen hukuk, sözleşmenin başından sonuna kadar tüm unsurları için uygulama kabiliyetine sahiptir. Bu açıdan sözleşmenin kapsamı, tarafların hak ve yükümlülükleri, ifa ve ifa engelleri, aşırı ifa zorluğu, Covid-19'un mücbir sebep niteliği gibi sözleşmeye bağlı tüm unsurlar, sözleşmenin tâbi olduğu hukuka göre belirlenmektedir<sup>40</sup>.

Covid-19 salgınının mücbir sebep olup olmadığı ve bunun ne gibi sonuçları olacağı konusunun sözleşmeye uygulanacak hukuk ile belirlenebileceğini belirttik. Zira Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) Covid-19 salgınına küresel nitelikte bir pandemi olarak değerlendirdiği için, taraflar arasında yapılan sözleşmede sayılan mücbir sebep hallerinden, hükümetlerin aldığı önlemler

<sup>36</sup> Ekşi, s. 112. Bu konuda ayrıca bkz. Durmuş, Seda Arslan, "Covid-19'un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi", C.78, S. 2, 2020, *İÜHFMD*, s. 363-393.

<sup>37</sup> Ekşi, s. 112.

<sup>38</sup> Ekmekçi, Ömer, "Covid-19 Döneminde Fesih Yasağı, Kapsamı ve Yasağa Aykırılığın Sonuçları", *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, Editör Muhammet Özkes, İstanbul 2020, s. 699.

<sup>39</sup> Y. 9. HD., T. 16.09.2013, E. 2011/25431, K.2013/22619 (www.lexpera.com.tr).

<sup>40</sup> Esen, s. 774.

nedeniyle sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifa edilememesi de dâhil olarak kaleme alınırsa Covid-19 salgınının mücbir sebep teşkil edeceği öngörülmüştür<sup>41</sup>. Sözleşmeye uygulanacak ülke hukukları belirlenirken salgının hangi ülkelerde mücbir sebep sayıldığına da bakmakta yarar vardır. Zira İngiliz Hukuku gibi bazı hukuk sistemlerinde mücbir sebebin uygulanabilmesi mutlaka sözleşmede düzenlenmiş olması şartına bağlanmıştır. İngiliz Hukuku nezdinde, sözleşmede düzenlenmemişse mücbir sebep uygulanmaz, onun yerine sözleşmenin ifasını engelleyen durumlar uygulanabilir<sup>42</sup>. İngiliz hükümeti Covid-19 salgınının mücbir sebep olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve dola'yısıyla tazminat talepleri konusunda hakkaniyetli olmaya davet etmiştir<sup>43</sup>. Fransa'da ise Fransa Ekonomi Bakanlığı tarafından Covid-19'un *force majeure* olduğu, kamu ihale sözleşmelerinde geç teslimlere ilişkin herhangi bir ihlal olmayacağı ve herhangi bir yaptırım öngörülmeyeceği belirtilmiştir. Türkiye için de benzer bir durum söz konusudur. Cumhurbaşkanlığı'nın 1 Nisan 2020 tarihli ve 2020/5 sayılı Genelgesi ile kamu ihale sözleşmelerinin Covid-19 salgınından etkilenmesi sebebiyle idarelerce herhangi bir işlem yapılmadan evvel Hazine ve Maliye Bakanlığı'ndan görüş alınması yönünde bir düzenleme getirilmiştir.

Bunun dışında birçok ticarî kuruluş tarafından mücbir sebep sertifikaları da düzenlenmiştir. Yabancı ülkelerde düzenlenmiş olan mücbir sebep sertifikalarının içeriği de şekli de düzenlendikleri ülke hukukuna tabidir. Önemle belirtmek isteriz ki, mücbir sebep sertifikaları bağlayıcı değildir, olsa olsa iddia sahibi bakımından takdiri bir delil mahiyetinde olup maddi vakıaların ispat aracı olarak kabul edilebilir<sup>44</sup>. DSÖ tarafından Covid-19'u pandemik bir salgın olarak nitelendirmesi veya mücbir sebep sertifikaları düzenlemesi tek başına her sözleşme açısından Covid-19'un mücbir sebep teşkil edeceği anlamına gelmez<sup>45</sup>. Dolayısıyla Çin Uluslararası Ticareti Teşvik Konseyi, Rusya Sanayi ve Ticaret Odası tarafından düzenlenen mücbir sebep sertifikalarının bağlayıcılıkları yoktur. Kaldı ki, Çin Uluslararası Ticareti Teşvik Konseyi bu tür mücbir sebep sertifikalarının niteliğini sorumluluktan kurtulmak için bir galibiyet olarak değil, maddi olayların ispatı olarak kullanılan bir belge olarak açıklamıştır<sup>46</sup>. Ancak ICC tarafından mücbir sebep ve beklenmeyen hallere ilişkin düzenlenen ve 2003 yılında yenilenen 650 sayılı "*ICC Mücbir Sebep Klozu 2003- ICC Beklenmeyen Hal Klozu 2003*" şayet taraflarca gerek sözleşmelerine tek tek yazılarak gerek sadece atıfta bulunularak eklenmiş olsun taraflar için bağlayıcı hale gelmektedir<sup>47</sup>.

<sup>41</sup> Tubb, Eric R., "Force Majeure Clauses and Contractual Nonperformance as a Result of Covid-19", [https://cdn.ymaws.com/www.iowabar.org/resource/resmgr/iowa\\_lawyer\\_2/force\\_majeure\\_COVID.pdf](https://cdn.ymaws.com/www.iowabar.org/resource/resmgr/iowa_lawyer_2/force_majeure_COVID.pdf), (Erişim Tarihi: 05.04.2021); Ekşi, s. 130-131.

<sup>42</sup> Tang, Sophia, "Coronavirus, force majeure certificate and private international law", <https://conflictoflaws.net/2020/coronavirus-force-majeure-certificate-and-private-international-law/?print=pdf>, s. 3 (Erişim Tarihi 01.04.2021).

<sup>43</sup> Ekşi, s. 133; Berger, Klaus Peter / Behn, Daniel, "Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study", *McGill Journal of Dispute Resolution*, C. 6, S. 4, 2019-2020, s. 79 vd.

<sup>44</sup> Ekşi, s. 136; Wilske, Stephan, "The Impact of Covid-19 on International Arbitration-Hiccup or Turning Point?", *Contemporary Asia Arbitration Journal*, C.13, S. 1, 2020, s. 22.

<sup>45</sup> Ekşi, s. 136

<sup>46</sup> Tang, s. 2.

<sup>47</sup> Ekşi, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s. 26 (Ekşi, MTH); Ekşi, Nuray. *Dış Ticaret Hukuku El Kitabı*, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s. 25-26, (Ekşi, Dış Ticaret); Ekşi, s. 143.



Bununla birlikte ICC, Covid-19 salgınının bankaların kontrolü dışında gerçekleşen durumlardan biri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda, Covid-19'un ICC Kurallarına Tabi Ticarî Finansman İşlemleri Üzerindeki Etkisi Hakkında bir Rehber (*ICC Guidance paper on the impact of Covid-19 on trade finance transactions issued subject to ICC rules*) yayınlamıştır<sup>48</sup>. Bu rehberde ICC, Covid-19'un mücbir sebep olup olmadığı konusunda kendisinin karar veremeyeceğini banka teminat mektubu, akreditif veya tahsillere ilişkin yeknesak kurallarda bir olayın mücbir sebep olup olmadığının ancak uygulanacak hukuka göre belirleneceğini belirtmiştir<sup>49</sup>.

Covid-19 sadece yabancılik unsuru içeren sözleşmelere değil aynı zamanda yabancılik unsuru içeren haksız fiiller bakımından da gündeme gelebilmektedir. Örneğin medikal malzeme üreten şirketlerin, Covid-19 salgınına bahane ederek satış fiyatlarını aşırı arttırmaları, stokçuluk veya karaborsa yapılması gibi durumlar haksız rekabet veya rekabetin korunmasına ilişkin davalara yol açmıştır. Ürünlerinin %99.9 oranında mikropları öldürdüğünü belirterek yanıltıcı reklam yapan dezenfektan üreticisi GOJO aleyhine Amerika'nın Ohio Eyaletinde davalar açılması<sup>50</sup>, tanesi 2 ABD Doları olan N95 maskelerini 36 ABD Doları'na satan ebay'e veya tuvalet kâğıdı ve el dezenfektanları ürünlerinde fahiş fiyat uygulayan Amazon'a grup davalar açılması bunlara örnek gösterilebilir<sup>51</sup>.

Ancak yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin istisnai durumlar da mevcuttur. Bu istisnaların başında MÖHUK m. 1(2)'de belirtilen milletlerarası anlaşmaların öncelikle uygulanması gelmektedir. Diğer taraftan gerek MÖHUK m. 6 gerek MÖHUK m. 31 çerçevesinde devletlerin ekonomik, sosyal veya sağlık politikalarının gereği belirlediği doğrudan uygulanan kuralları da önem arz etmektedir. Konumuzu ilgilendiren bir diğer istisna da MÖHUK m. 33 hükmünde düzenlenen yükümlülüklerin ifası aşamasında yerine getirilen fiil ve işlemler ile mallara yönelik tedbirler olacaktır.

### III) Uygulanacak Hukukun İstisnaları

Sözleşmenin tabi olduğu hukuk, sözleşmenin tamamına baştan sona uygulanmasına rağmen, uygulanacak hukukun devre dışı kaldığı durumlar da söz konusu olabilmektedir. Aşağıda Covid-19 nedeniyle uygulanacak hukukun istisnasını teşkil edebilecek durumlara kısaca değinilecektir.

#### A) Doğrudan Uygulanan Kurallar

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, gerek taraflarca seçilmiş gerek kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenmiş olsun, sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkisine uygulanacak hukuk tüm kurallarıyla bir bütün olarak uygulansa da, özellikle hâkimin hukuku olmak üzere uyumsuzluk

<sup>48</sup> <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/2020-10-the-impact-of-covid-19.pdf>.

<sup>49</sup> <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/2020-10-the-impact-of-covid-19.pdf>, s. 1-5. Aynı zamanda bkz. Ekşi, 146-147.

<sup>50</sup> Ekşi, s. 152; <https://www.nbcnews.com/helath/health-news/maker-purell-accused-misleading-customers-class-action-lawsuit-n1165461>, (Erişim Tarihi: 01.08.2021).

<sup>51</sup> Ekşi, s. 152; <https://topclassactions.com/lawsuit-settlements/coronavirus/a-complete-guide-to-the-coronavirus-outbreak-legal-issues/>, (Erişim Tarihi: 01.08.2021).

konusu olayla ilgili çeşitli ülkelerin doğrudan uygulanan kuralları sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır<sup>52</sup>.

Bir devletin ekonomik, sosyal ve mali politikalarını yerine getirmek üzere çıkardığı kurallara ‘doğrudan uygulanan kurallar’ diğer adıyla ‘müdahaleci norm’ adı verilmektedir<sup>53</sup>. Bu yönüyle yabancı hukukun uygulanmasının mümkün olamayacağı kurallar olarak belirlenen doğrudan uygulanan kurallar, sözleşmeye uygulanacak hukukun istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır. Doğrudan uygulanan kurallar sözleşmeye uygulanacak ülke hukukunda var olduğu ölçüde, bu hukukun ayrılmaz bir parçası olarak uygulama alanı bulacaktır.

MÖHUK’ta doğrudan uygulanan kurallar iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Bunlar, MÖHUK m. 6 kapsamında Türk Hukuku’nun (lex fori) ve MÖHUK m. 31 kapsamında üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarıdır. Türkiye’de uygulanacak doğrudan uygulanan kurallar, sözleşmenin tâbi olduğu hukuktan bağımsız olarak doğrudan müdahale hakkına sahip olmaktadır. Dolayısıyla Türk Hukuku’nun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren bir uyuşmazlık durumunda, sözleşmede belirlenen hukuk değil Türk Hukuku uygulanacaktır. Ancak unutmamak gerekir ki, MÖHUK m. 6 kapsamında belirlenen doğrudan uygulanan kurallar, ilgili hukukî işlemin tâbi olduğu hukuku tamamen ortadan kaldırmaz, sadece kapsamına giren konuyla sınır olarak müdahalede bulunur<sup>54</sup>. Dolayısıyla Covid-19 salgını çerçevesinde alınan önlemlerin doğrudan uygulanan kural (müdahaleci norm) niteliği üzerinde de durmak gerekir.

Doktrinde Covid-19 salgını gerekçe göstererek devletler tarafından alınan sınırlayıcı tedbirler doğrudan uygulanan kurallar mahiyetinde değerlendirilmektedir<sup>55</sup>. Dolayısıyla Türkiye açısından, sözleşmeye uygulanacak hukuk hangi ülkenin hukuku olursa olsun, MÖHUK m. 6 hükmü çerçevesinde Türk Hukuku uygulanacaktır. Türk Hukuku’nda ihracat, ithalat, gümrük ve kambiyo işlemleri ile boykot, ambargo veya blokaj kararlarına ilişkin yasal düzenlemeler de doğrudan uygulanan kurallar kapsamında değerlendirilmektedir<sup>56</sup>.

Bununla birlikte sözleşmedeki edimlerin yerine getirileceği ülkenin veya borçlunun yerleşim yeri ülkesinin veya borçlunun mallarının bulunduğu ülkenin Covid-19 salgını nedeniyle getirdiği sınırlamalar ise başka bir kanunlar ihtilafı kuralı olan MÖHUK m. 31 kapsamında Türk hâkimi bakımından dikkate alınacaktır<sup>57</sup>. Zira yukarı da belirttiğimiz üzere doğrudan uygulanan kurallar sadece Türkiye açısından geçerli olmayıp, diğer ülkelerin de doğrudan uygulanan kuralları

<sup>52</sup> Özdemir-Kocasakal, Hatice, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, s. 1 vd.; Esen, s. 775.

<sup>53</sup> Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 8 vd.; Çelikel / Erdem, s. 155 vd.; Nomer, s. 184 vd.; Tekinalp, s. 47 vd.

<sup>54</sup> Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 12; Nomer, s. 184 vd.; Çelikel / Erdem s. 155 vd.; Tekinalp, s. 47 vd.

<sup>55</sup> Esen, s. 777; Ekşi, s. 121.

<sup>56</sup> Ekşi, MTH, s. 48.

<sup>57</sup> MÖHUK m. 31 hakkında bkz Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 314 vd.; Çelikel / Erdem, s. 460 vd.; Nomer, s. 338 vd.; Tekinalp, s. 299. vd; Özdemir-Kocasakal, Hatice. “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *MHB*, C. 30, S. 1-2, 2010, s. 27 vd (Özdemir-Kocasakal, *Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*); Kösoğlu, Mehmet. “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, *MHB*, C. 28 S. 1-2, 2008, s. 147 vd; Erkan, Mustafa. “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 2, 2011, s. 81 vd.; Bayata-Canyaş, Aslı. “5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C. 3, Ankara 2009, s. 141 vd.

mevcuttur. Ancak şu hususu da önemle belirtmek gerekir ki, Türk Hukuku'nda üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kuralları, örneğin İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak<sup>58</sup>, sadece sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri alanında etki doğuracaktır.

MÖHUK m. 31 hükmüne göre sözleşmeye ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları uygulanırken sözleşme ile sıkı ilişkili olmak şartına bağlı olarak üçüncü bir devletin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallara etki tanınabilir. Bunu yaparken bu kuralların amacı, niteliği, içeriği ve sonuçları dikkate alınır. Bu durumda sözleşmeye uygulanacak hukuk ile diğer ülkenin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallar ancak sözleşme ile ülke arasında sıkı bir ilişki bulunması ve hâkimin bu müdahaleci normların uygulanmasına kanaat getirmesi durumunda uygulama alanı bulabilecektir<sup>59</sup>. MÖHUK m. 31 anlamında üçüncü ülke tabirinden anlaşılması gereken ise, hâkimin hukuku ve sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkisine uygulanacak hukukun dışında kalan bir ülkenin hukukudur. Zira hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları MÖHUK m. 6 hükmüne, sözleşmenin esasına uygulanan hukuktaki doğrudan uygulanan kurallar ise uyuşmazlığa uygulanan hukukla birlikte uygulanacaktır. Bunun dışında kalan ülkelerin doğrudan uygulanan kuralları bakımından MÖHUK m. 31 hükmü önem kazanacaktır.

Bu hükmün uygulanabilmesi bakımından ise hâkime iki noktada takdir yetkisi verilmektedir. Bunlardan ilki, üçüncü ülke hukuku ile sözleşme arasında sıkı bir ilişki bulunması konusundadır. Zira madde hükmünde bu sıkı ilişkinin nasıl tespit edileceğine dair bir düzenleme yer almamaktadır. İkinci olarak, doğrudan uygulanan kuralların amacı, niteliği, içeriği ve sonuçları da dikkate alınarak bunlara etki tanımaya gerek olup olmadığı noktasındadır. Bu noktanın belirlenmesine ilişkin olarak da madde hükmünde bir düzenleme olmadığından bu konunun da hâkimin takdirine bırakıldığı görülmektedir.

Üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin niteliği bakımından Çin Halk Cumhuriyeti tarafından Covid-19'a ilişkin çıkarılan kılavuz niteliğinde üç yasal düzenleme örnek gösterilebilir. Bu üç yasal düzenlemenin Çin Halk Cumhuriyetinin doğrudan uygulanan kurallarından olduğu, bu nedenle taraflar arasındaki sözleşmede yabancı bir ülke hukuku uygulansa dahi bu yabancı hukukun söz konusu yasal düzenlemeleri ortadan kaldıramayacağı görüşü benimsenmiştir<sup>60</sup>.

## B) İfannın Gerçekleştirme Biçimi ve Tedbirlere İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralları

Covid-19 salgını bağlamında, kanunlar ihtilafı bakımından uygulanacak hukukun kapsamını daraltan bir başka unsur da MÖHUK m. 33 çerçevesinde alınan tedbirlerdir. MÖHUK'un m. 33 hükmü, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler yerine getirilirken gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile mallara ilişkin önlemler konusunda, bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya önlemin alındığı ülke hukukuna riayet edilmesi gerektiğini hüküm altına almaktadır. Özellikle sözleşmeye konu malların sayımı, tartılması, ölçülmesi ayıplı malların

<sup>58</sup> İsviçre Hukuku'nda üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının nazara alınmasını öngören düzenleme, her türlü hukuki işlem ve ilişki bakımından geçerli kabul edilmektedir. Doğan, Vahit. *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s. 191.

<sup>59</sup> Özdemir-Kocasakal, *Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, s. 27.

<sup>60</sup> Bu görüşü savunan Tsang, King Fung, "From Coronation to Coronavirus: Covid-19, Force Majeure and Private International Law", *Fordham International Law Journal*, C. 44, S. 1, 2020, s.211-212.

saklanması gibi konularda pratik zaruretler çerçevesinde sözleşmeye uygulanan hukuk değil, bu işlemlerin gerçekleştiği ülke hukuku dikkate alınmalıdır<sup>61</sup>. Bu nedenle Covid-19 salgını nedeniyle sözleşmenin ifa edileceği ülkede getirilen sınırlamalar, bu ülke hukukuna uygun bir şekilde yerine getirilirse, Türk mahkemelerinin bu sınırlamaları MÖHUK'un m. 33 hükmü çerçevesinde geçerli kabul etmesi gerekecektir.

## SONUÇ

Görüldüğü üzere Dünya'nın büyük bir çoğunluğunu etkisi altına alan Covid-19 salgını ve bu salgına ilişkin alınan kısıtlayıcı önlemler, yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerini de ciddi bir şekilde etkilemiş ve önemli bir uyuşmazlık kaynağı haline gelmiştir. Özellikle milletlerarası aile hukuku çerçevesinde, çocukların iadesi konusunda Covid-19 salgınının ciddi risk teşkil edip etmediği sorunu milli mahkemelerin önüne sıklıkla gelmiştir. Bu konuda yol gösterici olması bakımından HCCH tarafından hazırlanan acil önlemler paketi olan Covid-19 Toolkit hazırlanmıştır. Bu acil önlemlere örnek olarak, çocuğun evlatlık olarak gideceği ülkeye seyahatinin düzenlenmesi bakımından her türlü sağlık önlemlerinin alınması hatta çocuğun evlat edinen tarafından alıp götürülmesine izin verilmesi gösterilebilir.

Covid-19 salgını sadece çocukların iadesi konusunda değil, aynı zamanda yabancılık unsuru içeren sözleşmeler bakımından da sorunların meydana gelmesine sebebiyet vermektedir. Ancak çalışmamızda Covid-19 salgınının sadece sözleşmelere uygulanacak hukuk konusuna etkisi ile sınırlandırılmıştır. Zira yabancılık unsurlu sözleşmelere bakımından Covid-19 salgını nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların hangi hukuk kurallarına göre çözümleneceği hali hazırda güncelliğini korumaktadır. Ayrıca Covid-19 salgınının mücbir sebep olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu ile salgının mücbir sebep olarak kabul edilmesi durumunda ne gibi sonuçlar doğuracağı meselesi de uygulanacak hukuka göre çözümlenecektir. Bu nedenle çalışmamızda kanunlar ihtilafı kuralları açısından yabancılık unsuru içeren sözleşmelere uygulanacak hukukun önce sözleşme hükümleri çerçevesinde sözleşmede bir hüküm bulunmaması halinde Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar nezdinde burada da bir düzenleme olmaması durumunda MÖHUK'ta hüküm altına alınan kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde ele alınmaya çalışılmıştır. Taraflar gerek doğrudan gerek başka bir yerden sözleşmelerine ekleyerek bir hukuk seçimi yapsınlar, seçtikleri bu hukuk sözleşmenin başından sonuna uygulanacağı için taraflar Covid-19 salgınının mücbir sebep teşkil edip etmediği konusunu ve buna bağlı sonuçları detaylıca değerlendirerek uygulanacak hukuku belirlemeleri faydalarına olacaktır. Başta CISG m. 79 olmak üzere milletlerarası anlaşmalarda da mücbir sebep hükümlerine yer verilmektedir.

MÖHUK'ta sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda düzenlemeler m. 24 ilâ 33 arasında yer almaktadır. Dolayısıyla taraflardan birinin Covid-19 nedeniyle yükümlülüklerini ifa etmemesi durumunda, MÖHUK'da belirtilen bağlama kuralları aracılığıyla tespit edilecek yetkili hukuk Covid-19 salgınına bağlı sonuçlara da uygulanacaktır.

Bunun dışında birçok ülkenin ticarî kuruluşları, Covid-19 salgını nedeniyle mücbir sebep sertifikaları da düzenlenmiştir. Ancak bu mücbir sebep sertifikaları bağlayıcı değildir, sadece maddi olayların ispat aracı olarak kabul edilmektedir. DSÖ tarafından Covid-19'u pandemik bir

<sup>61</sup> Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 331; Çelikel / Erdem, s. 465; Nomer, s. 338; Tekinalp, s. 300 vd.

salgın olarak nitelendirmesi veya mücbir sebep sertifikaları düzenlemesi kanaatimizce tek başına her sözleşme açısından Covid-19'un mücbir sebep teşkil ettiğini göstermez.

Ancak uygulanacak hukuka ilişkin istisnalar da mevcuttur. Bu istisnaların başında uygulanacak hukuk konusunda hüküm içeren milletlerarası anlaşmalar gelmektedir. Diğer taraftan gerek MÖHUK m. 6 gerek MÖHUK m. 31 çerçevesinde devletlerin ekonomik, sosyal veya sağlık politikalarının gereği belirlediği doğrudan uygulanan kuralları da önem arz etmektedir. Çalışmamız kapsamında diğer bir istisna olarak MÖHUK m. 33'te düzenlenen ifa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile mallara ilişkin tedbirlere de değinilmiştir. Çalışmamızda bu kapsamda Covid-19 salgını çerçevesinde devletlerin getirdiği sınırlayıcı düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural mahiyetinde olup olmadığı da tartışılmış ve sonuç olarak bu tür düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu görüşüne varılmıştır.



## KAYNAKÇA

Akın, Özlem Canbeldek, “Milletlerarası Özel ve Usul Hukuku Kapsamında Covid 19 Pandemi Sürecine İlişkin Değerlendirme”, *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu*, Editör Muhammet Özekes, On İki Levha Yayınları, Haziran 2020, s. 779-787.

Akkanat Halil. “Covid-19 Salgınının Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Alanında Yol Açtığı Hukukî Sorunların Değerlendirilmesi”, *TÜBA Covid-19 Küresel Salgını: Hukukî Değişim ve Etkileşimler Raporu*, Editörler: İzzet Özgenç / Halil Akkanat / Hayrettin Çağlar / Haluk Hadi Sümer / Muhammet Özekes, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, TÜBA Raporları No: 36, Ankara Temmuz 2020.

Akman, Nurten İnce, “Türk Hukuku ve Alman Hukukunda Covid 19 Salgınının Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının ve Kiraya Veren Borçlarına Etkisi”, *Covid-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları*, *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, Editör Kemal Şenocak, Yetkin Yayınları, 2021, s. 39-163.

Apaydın, Eylem, “CISG M.79 Uygulaması Açısından Covid-19 Salgını”, *Koronavirüs Döneminde Güncel Hukukî Meseleler Sempozyumu*, Editörler Yusuf Çalışkan, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ömer Faruk Erol, Ahmet Dülger, Gülnihal Ahter Yakacak, Ömer Faruk Kafalı, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2020, s. 33-63.

Arat, Ayşe, “Küresel Salgının İşyeri Kiralarına Etkisi ve Çözüm Önerileri”, *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, Editör Muhammet Özekes, İstanbul 2020, s. 441-451.

Aydoğdu, Murat / Yağcıoğlu, Ali Haydar. *Kovid-19 Salgınının Borç İlişkilerine ve Yargılamaya Etkileri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Bayata-Canyaş, Aslı. “5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C. 3, Ankara 2009, s. 141-166.

Baysal Başak / Uyanık Murat / Yavuz M. Selim. “Koronavirüs 2019 (Covid-19) ve Sözleşmeler”, *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, Editör Muhammet Özekes, İstanbul 2020, s. 269-283.

Berger, Klaus Peter / Behn, Daniel, “Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study”, *McGill Journal of Dispute Resolution*, C. 6, S. 4, 2019-2020, s. 78-130.

Cumalıoğlu, Emre, “Covid-19 (Yeni Korona Virüs) Pandemisinin; Öngörülebilir İhlal Kavramı ve Uluslararası Satış Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirmesi”, *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu*, Editör Muhammet Özekes, On İki Levha Yayınları, Haziran 2020, s. 339-353.

Çelikel, Aysel / Erdem, B. Bahadır. *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2021.

Doğan, Vahit. *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.

Durmuş, Seda Arslan, “Covid-19’un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi”, *C.78, S. 2, 2020, İÜHFMD*, s. 363-393.

Ekmekçi, Ömer, “Covid-19 Döneminde Fesih Yasağı, Kapsamı ve Yasağa Aykırılığın Sonuçları”, *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, Editör Muhammet Özekes, İstanbul 2020, s. 695-713.

Ekşi, Nuray. *Covid-19 Sürecinde Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınları, İstanbul 2021.

Ekşi, Nuray. *Dış Ticaret Hukuku El Kitabı*, Beta Yayınları, İstanbul 2020 (Ekşi, Dış Ticaret).

Ekşi, Nuray. *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2020 (Ekşi, MTH).

Erkan, Mustafa. “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 2, 2011, s. 81-121.

Esen, Emre. “Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerden Covid-19 Pandemisi Sebebiyle Doğabilecek Uyuşmazlıkların Çözümü”, *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, Editör Muhammet Özekes, İstanbul 2020, s. 755-779.

Girgin, Ömer Ali / Löw, Sebastian, “Package Tour Contracts in Times of COVID-19”, *İÜHFD* 2020, C. 78 S. 2, s. 563-577.

<https://assets.hcch.net/docs/2aee3e82-8524-4450-8c9a-97b250b00749.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

<https://assets.hcch.net/docs/538fa32a-3fc8-4aba-8871-7a1175c0868d.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf>, (Erişim Tarihi: 02.04.2021).

<https://www.incadat.com/en/case/1472>, (Erişim Tarihi: 02.04.2021).

<https://www.nbcnews.com/helath/health-news/maker-purell-accused-misleading-customers-class-action-lawsuit-n1165461>, (Erişim Tarihi: 01.08.2021).

<https://topclassactions.com/lawsuit-settlements/coronavirus/a-complete-guide-to-the-coronavirus-outbreak-legal-issues/>, (Erişim Tarihi: 01.08.2021).

ICC Guidance paper on the impact of Covid-19 on trade finance transactions issued subject to ICC rules.

Kösoğlu, Mehmet. “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, *MHB*, C. 28 S. 1-2, 2008, s. 147-172.

Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2017.

Oğuz, Arzu. “Covid-19, Mücbir Sebep ve Sözleşmelere Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15 S. 166, 2020, s. 1275-1285.

Özçelik, Ş. Barış. “Covid-19 Salgını Çerçevesinde Alınan Önlemlerin Sözleşme Hukuku ve Mücbir Sebep Kavramı Açısından Değerlendirilmesi”, *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, Editör Muhammet Özekes, İstanbul 2020, s. 283-295.

Özdemir-Kocasakal, Hatice, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001.

Özdemir-Kocasakal, Hatice. “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *MHB*, C. 30, S. 1-2, 2010, s. 27-62 (Özdemir-Kocasakal, *Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*).

Rusinova, Nadia; “Child Abduction in times of Corona”, <<https://conflictoflaws.net/2020/child-abduction-in-times-of-corona/?print=pdf> (Erişim Tarihi 02.04.2021).

Sirmen, Kazım Sedat, “Covid 19 Salgını Sürecinin 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi’ndeki “Ciddi Risk” İstisnasının Uygulanmasına Etkisi – İngiliz Yüksek Divanı’nın 27 Mart 2020 Tarihli KR v. HH. Kararı-”, *Covid-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları*, *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, Editör Kemal Şenocak, Ankara 2021, Yetkin Yayınları, s. 667-687.

Şanlı, Cemal / Esen Emre / Ataman-Figanmeşe, İnci. *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2021.

Şanlı, Cemal. *Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2019.

Tang, Sophia, “Coronavirus, force majeure certificate and private international law”, <https://conflictoflaws.net/2020/coronavirus-force-majeure-certificate-and-private-international-law/?print=pdf> (Erişim Tarihi 01.04.2021).

Tekinalp, Gülören, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.

Tsang, King Fung, “From Coronation to Coronavirus: Covid-19, Force Majeure and Private International Law”, *Fordham International Law Journal*, C. 44, S. 1, 2020, s.187-232.

Tubb, Eric R., “Force Majeure Clauses and Contractual Nonperformance as a Result of Covid-19”, [https://cdn.ymaws.com/www.iowabar.org/resource/resmgr/iowa\\_lawyer\\_2/force\\_majeure\\_COVID.pdf](https://cdn.ymaws.com/www.iowabar.org/resource/resmgr/iowa_lawyer_2/force_majeure_COVID.pdf), (Erişim Tarihi: 05.04.2021).

Wilske, Stephan, “The Impact of Covid-19 on International Arbitration-Hiccup or Turning Point?”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, C.13, S. 1, 2020, s. 7-44.

Yıldırım, Abdülkerim. “Koronavirüs Krizinin Özel Hukuk Sözleşmelerine Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi* C.15 S. 165, 2020, s. 986-995.

Yüce, Melek Bilgin, “Koronavirüs Salgını Nedeniyle Hükümet Kararıyla Kapatılan İşyerlerinin Kira Sözleşmelerinin Akıbetinin Değerlendirilmesi”, *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, Editör Muhammet Özekes, İstanbul 2020, s. 411-441.

Yücel, Özge. “Covid 19 Salgınının Borç İlişkilerine Hukuksal Etkileri”, *Terazi Hukuk Dergisi* C. 15 S. 166, 2020, s. 1189-1202.

### **Yabancı Ülke Mahkemelerince Verilen Kararlara İlişkin Liste**

AG Hamm – 32 F 14/20 – 23 April 2020, <https://www.incadat.com/en/case/1472>, (Erişim Tarihi: 02.04.2021).

IN v. DK Kararı, Re N (a child) [2020] EWFC, 01.05.2020, [https://www.familylaw.co.uk/news\\_and\\_comment/re-n-\(a-child\)-2020-ewfc-35](https://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/re-n-(a-child)-2020-ewfc-35), (Erişim Tarihi 04.04.2021).

Re PT (A Child) [2020] EWHC 834 (Family Division), 31 March 2020, [https://www.familylaw.co.uk/news\\_and\\_comment/re-pt-\(a-child\)-2020-ewhc-834-\(fam\)](https://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/re-pt-(a-child)-2020-ewhc-834-(fam)), (Erişim Tarihi: 02.04.2021).

## Ofis Sözleşmeleri

Bedia GÜLEŞ 

Arş. Gör. KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, [bedia.gules@hotmail.com](mailto:bedia.gules@hotmail.com), (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

### Makale Bilgileri

### Öz

#### Makale Geçmişi

Geliş: 24.08.2021

Kabul: 02.11.2021

Yayın: 12.11.2021

#### Anahtar Kelimeler:

Ofis sözleşmesi, Hazır ofis, Sanal ofis, Ortak ofis.

Ofis sözleşmeleri ofis sağlayıcısı, ofis kullanıcısı ve ofis çalışanı arasında ortaya çıkan üçlü ilişkiyi anlatmak için kullanılır. Ofis kullanıcısı hem ofis alanı ihtiyacını hem de ofis malzemeleri, güvenlik, resepsiyon, kafeterya gibi işi ile ilgili diğer ihtiyaçlarını aynı anda temin etmek üzere ofis sağlayıcısı ile sözleşme yapar. Ofis sağlayıcısı, bu sözleşme gereği yüklediği bazı edimleri, ofis çalışanı ile yaptığı sözleşme vasıtasıyla kullanıcıya sunar. Ofis kullanıcısı ile ofis çalışanı arasında doğrudan bir ilişki yoktur. Ancak çalışan, kimi zaman kullanıcının yardımcı kişisi olabilir. Çalışan ile ofis sağlayıcısı arasındaki sözleşme açısından da kullanıcı edimden yararlanan üçüncü kişidir. İrade serbestisi ilkesinin de bir yansıması olarak, taraflar çeşitli şekillerde ofis sözleşmesi yapabilmektedirler. Hazır ofis, ortak ofis ve pandemi ortamı ile birlikte artık daha fazla uygulama alanı bulan sanal ofis sözleşmeleri bu türlerden bazılarıdır. Çalışmada; bu üçlü ilişkinin hukukî niteliğine, uygulamadaki görünümüne ve bunlarla ilgili yaşanan uyuşmazlıklar için çözüm önerilerine değinilmiştir.

## Office Contracts

### Article Info

### Abstract

#### Article History

Received: 24.08.2021

Accepted: 02.11.2021

Published: 12.11.2021

#### Keywords:

Office contracts, Ready office, Virtual office, Co-working office.

Office contracts are generally used to describe the tripartite relationship that arises between the office provider, the office user and the office worker. The office user contracts with the office provider to provide both the office space needs and other business-related needs such as office supplies, security, reception, cafeteria at the same time. The office provider presents some of the actions that it has undertaken pursuant to this contract to the user through the contract it has made with the office worker. There is no direct relationship between the office user and the office worker. However, the employee can sometimes be the assistant of the user. In terms of the contract between the employee and the office provider, the user is the third person benefiting from the act. As a reflection of the principle of freedom of will, the parties can conclude office contracts in various ways. Along with the serviced office, shared office and pandemic environment, the virtual office we hear more and more are some of these types. In the study, the legal nature of this tripartite relationship, its appearance in practice and the solution proposals for the disputes related to them are mentioned.

**Atıf/Citation:** Güleş, B. (2021). "Ofis Sözleşmeleri", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), s. 551-576.

**Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

## GİRİŞ

Düzenli bir iş ortamının varlığı, tüm çalışanlar için büyük öneme sahiptir. Ancak bu ortamı sağlamak her zaman kolay olmayabilir. Örneğin, herkes için ulaşılabilir olan bir mekânı satın alarak sağlamak, büyük maliyetlere yol açar. İkinci olarak sadece mekân sağlamak yetmez; aynı zamanda burada diğer hizmetleri sunan kişiler istihdam edilir, ki bunun için de belli bir bütçe ayırmak gerekir. Ayrıca ofisin dizayn edilmesi ve iş devam ettiği müddetçe olması gereken fotokopi, kafeterya, güvenlik gibi diğer hizmetler de iş sahibine maliyeti olan kalemlerdir. Bu durumlar göz önünde bulundurulduğunda, özellikle sektöre yeni atılan çalışanlar için bir ofis ortamı edinmek, ekonomik bir yük ve iyi hesaplanması gereken bir riziko oluşturmaktadır. Hazır ofis sözleşmeleri de bu kaygılara gidermeye yönelik, uygulamada oluşturulmuş bir sözleşme tipidir.

Ofis sözleşmeleri, ofis olarak değerlendirilmeye müsait bir taşınmazı olan kimsenin bu taşınmazını, içindeki eşyalarını kullanarak ve çalışanlarının üçüncü kişilere hizmet vermesini sağlayarak kâr elde etmek istemesinden ortaya çıkmaktadır. Sektöre yeni giren ya da zamanının çoğunu sahada geçiren çalışan, hem ofis ortamı hem de sekreteryaya, güvenlik gibi diğer hizmetleri sağlamak için ofis sağlayıcısına belli bir bedel ödeme konusunda onunla anlaşmaktadır. Yasal adresinin, telefon numarasının ve mail adresinin olması, müşterilerinin karşılanması ve ağırlanması gibi hizmetleri de alan ofis kullanıcısı, bunlar için genel olarak aylık bir bedel ödemektedir. Aynı durumda olan diğer çalışanlarla söz konusu ekonomik yükleri paylaşmış olan ofis kullanıcısı, bu yolla daha az maliyetle kurumsal bir görünüm kazanmaktadır.

Sözleşmeler hukuku açısından ofis sözleşmelerinin önemi, olağan kira sözleşmesinden sapmalar göstermesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Çünkü ofis kullanıcısı, birçok hizmetin karşılığında sadece tek bir edim yüklenmektedir. Söz konusu bedelin karşılığının birden fazla edim tipi olması ise, bu sözleşmeyi isimli sözleşmelerin dışına çıkarmaktadır.

Çalışmada, ofis sözleşmelerinin incelenmesi konu edinilmiştir. Bu kapsamda ilk olarak sözleşmenin tanımına, unsurlarına, hukukî niteliği ve türlerine değinilmiştir. Sonrasında ise, sözleşmelerin şekli ve tarafların hakları ile borçları inceleme konusu yapılmıştır. Çalışma, sözleşmelerin sona ermesi kısmı ile tamamlanmaktadır.

## I- OFİS SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI VE ÖZELLİKLERİ

### A- TANIMI

Ofis sözleşmelerinin benimsenmiş tek bir tanımı bulunmamaktadır. Genel olarak ofis sözleşmesi, taraflardan birinin ofisin tamamını ya da bir bölümü ile içindeki eşyaları kullanması ve güvenlik, sekreteryaya, fotokopi, müşteri karşılama, toplantı organizasyonları, postaların alınması gibi hizmetleri sağlaması karşılığında, diğer tarafın çoğunlukla para şeklinde tek bir edim yerine getirmeyi borçlandığı sözleşmedir<sup>1</sup>. Böylece ofis sözleşmesi, olağan bir işyeri kira sözleşmesinden farklı olarak, diğer sözleşmelere ait unsurları da barındıran bir sözleşme şeklinde ortaya çıkmaktadır. Çünkü ofis sözleşmesinde taraflar, kira sözleşmesindeki edimin yanı sıra vekâlet,

<sup>1</sup> Bkz. Inceoğlu, Murat M.. *Kira Hukuku*, Cilt II, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 47; Boztepe, Merve. *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Uygulama Alanı*, Yüksek Lisans Tezi, 2019, <http://earsiv.medeniyet.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/291/10268207.pdf?sequence=1&isAlloved=y> (Erişim Tarihi: 22.09.2020) s. 89, 90.



hizmet ya da eser sözleşmesine konu olabilecek edimleri de kararlaştırırlar. Sözleşmede kullandırma ve diğer edimleri bir bütün hâlinde sunan taraf ofis sağlayıcısı, bu edimlerden yararlanan taraf ise ofis kullanıcısı olarak adlandırılabilir.

Uygulamadan doğan bir sözleşme olması sebebiyle ofis sözleşmeleri, “hazır ofis sözleşmesi<sup>2</sup>”, “hazır ofis kira sözleşmesi<sup>3</sup>” ya da “çok kiracılı ofis sözleşmesi<sup>4</sup>” gibi çeşitli isimlerle anılmaktadır. İlgili sözleşme farklı edim türlerini barındırdığından ve bu edimler de kullandırma edimi kadar önemli olduğundan, “kira” kelimesini içeren isimlere tereddütle yaklaşılabilir. Diğer yandan ofis sözleşmesi türlerinden biri olan sanal ofis sözleşmesinde<sup>5</sup> fiziken kullanılan bir mekân bulunmamakta, sözleşmedeki geri kalan edimler de daha çok hizmet edimlerinden oluşmaktadır. Bütün türleri için kapsayıcı olması adına, çalışmada “ofis sözleşmeleri” terimini tercih etmiş bulunmaktayız.

## **B- UNSURLARI**

### **1- Birden Fazla Edimin Sağlanması**

Sözleşmenin karakteristik özelliğini, ofis sağlayıcısının birden fazla edimi yüklenmesi oluşturmaktadır. Ofis sağlayıcısı, ofisin tamamını ya da bir bölümünü kullandırmanın yanı sıra, misafirlerin karşılanması ve ağırlanması, telefonların cevaplanması, gönderilerin alınması, randevu oluşturulması gibi değişik türde edimleri de üstlenir. Alışlagelmiş uygulamalardan farklı olarak, ofis sözleşmesinde kararlaştırılan edimler, bir bütün hâlinde ofis kullanıcısına sunulmaktadır.

### **2- Bedel**

Ofis kullanıcısı kendisine sunulan birden fazla edimin karşılığı olarak, çoğunlukla bir miktar para ödemeyi üstlenmektedir. Ancak bu edimin mutlaka para olarak kararlaştırılması gerekmez. Para dışında bir karşılık kararlaştırılması durumunda da sözleşmenin hukukî niteliği değişmez<sup>6</sup>.

Tarafların birden fazla edim karşılığında herhangi bir edim kararlaştırmamış olmaları hâlinde ofis sözleşmesinden bahsedilemez. Bu durumda ofisin ve eşyaların kullandırılması, kullanım ödücü sözleşmesi; telefonların ve maillerin cevaplanması, randevuların oluşturulması gibi işgörmeler vekâlet sözleşmesi ve yiyecek-içecek temini gibi kazandırmalar da bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirilebilir.

### **3- Anlaşma**

Taraflar birden fazla edimin tek bir bedel karşılığında yüklenilmesi konusunda anlaşmış olmalıdırlar. Edimlerin niteliği ya da bedelin miktarı konusunda tarafların anlaşmamış olması,

<sup>2</sup> <https://officestation.com.tr/?h202> (Erişim Tarihi: 22.09.2020); <https://www.haziroffis.com.tr/tr/hazir-ofis> (Erişim Tarihi: 22.09.2020).

<sup>3</sup> İnceoğlu, s. 47; Boztepe, s. 90.

<sup>4</sup> Öztürk, Eda/Koramaz, Elif Kısar, “İstanbul’daki Paylaşımlı Ofis Alanlarının Sundukları Hizmetler ve Tasarım Özellikleri”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Teknoloji ve Uygulamalı Bilimler Dergisi*, Cilt: 1, No:1, Yıl: 2019, s. 73-86, s. 74.

<sup>5</sup> Bkz. III, C.

<sup>6</sup> Sözleşmenin hukukî niteliği hakkındaki açıklamalar için, bkz. II, A.

hâkim görüşe<sup>7</sup> göre sözleşmenin kurulmaması sonucunu doğurur. Diğer görüşe<sup>8</sup> göre ise objektif esaslı noktalarda anlaşmış olma lafzı, tarafların aleyhine sonuç doğuracak şekilde miktara indirgenmemelidir; örneğin tarafların bir kira sözleşmesi yaptıkları, fakat kira bedelini tam olarak belirlemedikleri durumda sözleşme kurulmamış sayılmamalıdır. Anlaşma uyumsuzluğunun varlığı hâlinde, hâkim sorunu tarafların gerçek ve ortak iradelerini tespit ederek çözeceğine göre (TBK m. 19), bu durumda tarafların ücret karşılığında bir ofis sözleşmesi yapma iradelerinin olup olmadığına bakılmalıdır<sup>9</sup>. Örneğin taraflar ofis hizmetlerini ücret karşılığında alma konusunda hem fikirse, ancak bedeli netleştirmemişlerse, bu durumda sözleşmenin geçersizliğine karar verilmemelidir. Buna karşılık tarafların ücret karşılığı mı yoksa bedelsiz mi bu kullanım ve hizmet sağlamayı istedikleri tespit edilemiyorsa kural olarak sözleşmenin kurulmadığına hükmedilmelidir. Elbette böyle bir durumda taraf iradelerinin tespiti açısından irade beyanının yorumu teorileri de önem arz eder. Türk-İsviçre Hukuku açısından yeni güven teorisi dikkate alındığında<sup>10</sup>, makul ve dürüst bir muhatapın anlamaya yetkili olduğu irade beyanıyla hâkim sözleşmenin kurulduğuna karar verebilir.

### C- ÖZELLİKLERİ

Tarafların anlaşması, sözleşmenin kurulması için yeterli olduğundan, ofis sözleşmeleri rızâî sözleşmelerdir. Sözleşmenin kurulmuş sayılması için, ofis alanının kullanım devrine ya da bazı eşyaların teslimine gerek yoktur.

İki taraf ofis sözleşmesi yapmakla, malvarlıklarında tasarruf etmiş olmazlar; bu sebeple ofis sözleşmesi tasarruf işlemi değil, bir borçlandırıcı işlemdir. Ayrıca ofis sözleşmeleri, iki tarafa borç yüklemektedir. Genellikle ticarî gayelerle yapılan sözleşme olduğundan, tam iki tarafa borç yükleyen bir mahiyettedir. Ancak yardım, teşvik gibi çeşitli gayelerle bir edim, kimi zaman diğer edimlerin tam karşılığını oluşturmayabilir.

<sup>7</sup> Kılıçoğlu, Ahmet M.. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 80 vd.; Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s. 179; von Tuhr, Andreas (Çev: Cevat Edege), *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cilt: 1-2, Olgaç Matbaası, Ankara 1983, s. 184; Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: V/I, 1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019 s. 303; Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, (Eren, *Borçlar Genel*), s. 249; Erdoğan, İhsan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2019, s. 64; von Tuhr, Andreas/Peter, Hans. *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Erster Band, Dritte Auflage, Schultess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1974, s. 190; Tekinay, Selâhattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atillâ. *Borçlar Hukuku*, Cilt I, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985, s. 98; Oğuzman, Kemal M./Öz, Turgut M.. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-1,2, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, Cilt-1, s. 72.

<sup>8</sup> Nomer, Hâluk N.. “Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir mi?”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan*, Cilt: 8, Yıl: 2013, s. 2053-2074, s. 2069; edim miktarının objektif ikinci derece yan nokta olduğu ve bu objektif esaslı noktalarda anlaşma sağlandıktan sonra miktar kararlaştırılmamasının sözleşmenin kurulmasına engel olmayacağı yönünde, Taşatan, Caner. *Sözleşmenin Kurulması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 221 vd.

<sup>9</sup> Edim miktarının belirlenmesinin ilerleyen zamana bırakıldığı hâllerde de sözleşmenin kurulmamış olabileceği, bu sebeple tarafların bağlanma iradelerinin ifa aşamasına geçişle desteklenmesi gerektiği yönünde, Aksoy Dursun, Sanem. *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2008, s. 69.

<sup>10</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Birinci Cilt, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 133 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 68, 69; Antalya, s. 293; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 95, 96; Eren, *Borçlar Genel*, s. 154 vd.

Tarafların ofis sözleşmesi yapmaktaki amaçları bir alacak elde etmektir. Dolayısıyla sözleşme ivazlıdır. Bu ivaz genel olarak paradır. Para ediminin karşılığını ise ofisin ve eşyaların kullandırılması, kafeterya, resepsiyon gibi hizmetlerin verilmesi şeklinde kararlaştırılabilen birden fazla edim oluşturur. Söz konusu edimlerin karşılığı olarak taraflar, sözleşme serbestisi gereği para dışında başka türden bir ivaz da belirleyebilir. Ancak bu, sözleşmenin başka bir sözleşme oluşturmadığı durumlarda mümkündür. Yoksa ofis sözleşmesinden değil, isimli ya da isimsiz diğer bir sözleşme tipinden bahsedilir.

Son olarak ofis sözleşmesi, sürekli edimli bir sözleşmedir. Çünkü ofis kullanıcısının edim menfaati bir anda değil, belirli bir süre devam eder şekilde gerçekleşmektedir<sup>11</sup>. Örneğin ofis kullanıcısının ofisi sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca kullanması ya da resepsiyon hizmetinin kendisine çalıştığı her gün verilmesi, sözleşmenin sürekli edimli bir sözleşme olduğuna işaret eder<sup>12</sup>.

## II- OFİS SÖZLEŞMESİNİN VE BUNUNLA BAĞLANTILI DİĞER İLİŞKİLERİN HUKUKÎ NİTELİĞİ İLE SÖZLEŞMEYE HANGİ HÜKÜMLERİN UYGULANACAĞI SORUNU

### A- OFİS SAĞLAYICISI İLE OFİS KULLANICISI ARASINDAKİ HUKUKÎ İLİŞKİ

Ofis sağlayıcısı ile kullanıcısının yapmış oldukları sözleşme, olağan ofis kira sözleşmelerinden farklılık taşımaktadır. Bu yüzden ilk olarak sözleşmenin isimli bir sözleşme olup olmadığının tespiti gereklidir. Bir sözleşmeye tipini veren, onu karakterize eden esaslı unsurların (essentialia negotii) kanun tarafından düzenlendiği durumlarda bir isimli sözleşmeden bahsedilir<sup>13</sup>. “Kanun tarafından düzenlenme” lafzından, sadece Türk Borçlar Kanunu değil, diğer kanunlar da anlaşılmalıdır<sup>14</sup>. Bunun aksine, kanunların hiçbir şekilde düzenlemediği ya da kanunun başka sözleşmeler için öngördüğü unsurların veya sözleşmelerin, kanunun öngörmediği tarzda taraflarca

<sup>11</sup> Bir sözleşmenin sürekli edimli olduğuna karar verebilmek için sözleşmeye tipini veren asli edimdeki yararın belirli bir süre devam etmesi gerekliliğine dair, Seliçi, Özer: *Borçlar Kanununa göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 7. Borçlunun edimi ifasının belirli bir süre alıp almadığı kriteri yönünde, Eren, *Borçlar Genel*, s. 107; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 84; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan, /Arpacı, s. 37..

<sup>12</sup> Kira sözleşmesinde kullandırma ediminin sürekli olduğuna dair, Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 384; Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 394; Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, (Eren, *Borçlar Özel*), s. 17; Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt-I, II, 3. Bası, Cilt-I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 232. Hizmet sözleşmesinde hizmet ediminin sürekli edimli olduğuna dair, Yavuz/Acar/Özen, s. 882; Aydoğdu/Kahveci, s. 741; Eren, *Borçlar Özel*, s. 17; Gümüş, Cilt-I, s. 381.

<sup>13</sup> Oktay, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 55, Yıl: 1996, s. 236-296, s. 264, 265; Huguenin, Claire. *Obligationenrecht Besonderer Teil*, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich 2008, s. 209; Looschelders, Dirk. *Schuldrecht Besonderer Teil*, 8. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2013, s. 3; Müller-Chen, Markus/ Huguenin, Claire/ Girsberger, Daniel (Herausgeber). *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 2. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich 2012, s. 3; Eren, *Borçlar Özel*, s. 934; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)*, Cilt I, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, (Feyzioğlu, *Borçlar Özel*), s. 19.

<sup>14</sup> Huguenin, s. 209; Eren, *Borçlar Özel*, s. 17; Gümüş, Cilt-I, s. 4. Sadece Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş sözleşmelerin isimli sözleşme şeklinde nitelenmesi hakkında, Akyol, Şener. *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, I. Fasikül, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984, s. 4.

bir araya getirildiği sözleşme tipleri de isimsiz sözleşme olarak adlandırılır<sup>15</sup>. Dolayısıyla ofis sözleşmelerinin hukukî niteliği değerlendirilirken, esaslı unsur/unsurlarının (essentialia negotii) ne olduğu ve bu edim ile karşılığını oluşturan edimin, kanunda bir sözleşme olarak düzenlenip düzenlenmediği dikkate alınmalıdır. Ofis sözleşmesi türlerinden hazır ofis ve ortak ofis sözleşmelerinde başlıca edim tipi, ofis niteliğindeki bir işyeri bölümünün ofis kullanıcılarına sunulmasıdır. Bu edimin söz konusu sözleşmeler için esaslı unsur olduğu ortadadır. Diğer hizmetlerin esaslı unsur olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Zira tipik bir sözleşmenin edimine bağlanmış olan diğer edimler, eğer ilk edim tipi kadar önemli ise, isimsiz bir sözleşmeden; aksi hâlde isimli sözleşmeye bağlanmış yan edim yükümlülüklerinden bahsedilir<sup>16</sup>. Doktrinde bir görüş<sup>17</sup> sözleşmenin, yan edim yükümlülüğü içeren bir işyeri kira sözleşmesi olduğunu söylemektedir. Henüz yerleşik bir içtihat olmasa da mahkeme kararları da genel itibarıyla kira sözleşmesi olduğunu belirtmektedir<sup>18</sup>. Ancak sözleşmenin ruhuna bakıldığında, ofis kullanıcısının bu sözleşmeyi yapmaktaki amacının bir işyeri edinmekten ziyade, sekreteryaya, kafeteryaya gibi diğer hizmetleri de birlikte alabileceği bir sözleşme yapmak olduğu görülür. Çünkü bu şekilde kombine bir edim paketi alması idi, diğer hizmetler için münferit bir sözleşme yapmak zorunda kalacaktı. Dolayısıyla ofis kullanıcısının amacı sadece bir işyeri kiralamak değil, ihtiyaç duyduğu diğer edimleri, maliyeti düşürmek adına tek bir kimseden temin etmektir. Böylece ofis sözleşmeleri, taraflardan birinin, her biri esaslı nitelik taşıyan birden fazla edimi tek bedel karşılığında yerine getirmeyi borçlandığı kombine tipli karma sözleşmelere<sup>19</sup> uygunluk göstermektedir. Bu şekilde kanunda düzenlenmiş yasal bir karma sözleşme<sup>20</sup> de olmadığından, söz konusu sözleşmelere isimsiz sözleşme demek yanlış olmaz.

Sanal ofis sözleşmesinde ise, bir ofis sağlama edimi yoktur. İçeriği değişebilmekle birlikte, ofis sağlayıcısı yasal adres teminini, telefon çağrılarını cevaplamayı, gönderilerin kabulünü, bazen de toplantı için mekân teminini taahhüt etmektedir<sup>21</sup>. Sayılan edim tipleri ise, bütünüyle isimli bir sözleşmeye ait değildir. Dolayısıyla bu sözleşme tipi de kombine tipli bir karma isimsiz sözleşme olarak nitelenebilir. Elbette bu sonuca varmak, edim borçlarının isimli ya da isimsiz diğer sözleşme tipine uygunluk taşımaması hâlinde doğrudur.

<sup>15</sup> Bucher, Eugen. *Obligationenrecht Besonderer Teil*, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1988, s. 25; Yavuz/Acar/Özen, s. 22, 23; Eren, *Borçlar Özel*, s. 17; Tandoğan, Halûk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt: I/1, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 12; Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, II. Cilt, 3. Bası, İstanbul 1977, Sermet Matbaası, s. 7; Müller-Chen/Huguenin/Girsberger, s. 3; Gümüş, Cilt-I, s. 4.

<sup>16</sup> Huguenin, s. 209; Akyol, s. 9. Bunların bir tip sapması olduğu yönünde Bucher, s. 25, tür sapmalarının da geniş anlamda isimsiz sözleşme sayılabileceği yönünde, s. 26. Söz konusu durumun da karma sözleşmenin bir türü olduğu yönünde, Feyzioğlu, *Borçlar Özel*, s. 54, 55.

<sup>17</sup> İnceoğlu, s. 47; Boztepe, s. 89 vd.

<sup>18</sup> İstanbul 18. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 14.6.2019, E. 2019/238, K. 2019/587, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/adli-yargi-ilk-derece-mahkemeleri/istnbl-18-asliye-ticaret-mahkemesi-e-2019-238-k-2019-587-t-14-6-2019> (Erişim Tarihi: 17.10.2021); özellikle şu kararda sözleşme taraflarca hizmet sözleşmesi olarak nitelenmesine rağmen, mahkeme kira sözleşmesi olduğunu belirtmiştir, 13. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 18.02.2021, E. 2020/665, K. 2021/113, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/adli-yargi-ilk-derece-mahkemeleri/istnbl-13-asliye-ticaret-mahkemesi-e-2020-665-k-2021-113-t-18-2-2021>, (Erişim Tarihi: 17.10.2021).

<sup>19</sup> Huguenin, s. 212; Akyol, s. 9, 10; Müller-Chen/Huguenin/Girsberger, s. 8; Oktay, s. 274; Gümüş, Cilt-I, s. 7.

<sup>20</sup> “Yasal karma sözleşme” terimi için bkz. Huguenin, s. 212.

<sup>21</sup> Bkz. III, C.

Sanal ofis sözleşmesi, İstanbul Vergi Dairesi'nden KDV mükellefiyetinin tespit edilmesi için sorulan bir görüş sonucu yayınlanan özalgede, kira sözleşmesi olarak nitelenmemiştir<sup>22</sup>. Söz konusu nitelendirme, her ne kadar vergi mükellefiyeti doğuran olay açısından yapılmış olsa da, yapılan sözleşmenin kira olup olmadığının belirlenmesi için önem arz etmektedir.

## B- OFİS SAĞLAYICISI İLE ÇALIŞANI ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

Ofis sağlayıcısı çeşitli edimlerin ifalarını sağlayabilmek için sekreter ya da güvenlik görevlisi gibi kimselere ihtiyaç duymakta, bu kimselerle sözleşme yapmaktadır. Yapılan sözleşmenin hukukî niteliği, tarafların üstlendikleri yükümlülöklere göre değişmektedir. Genel olarak, emir ve talimatlara bağlı şekilde sürekli iş görme ilişkisi olduğundan, bunun bir hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkündür. Yapılan sözleşmede edimden yararlanacak kişi, üçüncü şahıs olarak belirtildiği için, üçüncü şahıs yararına sözleşmeden bahsedilir<sup>23</sup>. Bu durumun çalışanın borçlarından bir tanesi olarak kararlaştırılması da mümkündür<sup>24</sup>. Örneğin, ofis sağlayıcısının da ofisin bir bölümünü yönetici olarak kullandığı ve güvenlik hizmetinden kendisinin de yararlandığı durum bu kapsamdadır.

Ofis sözleşmelerinde ofis kullanıcısı, genellikle çalışandan ilgili edimin ifasını talep edebilmektedir. Örneğin, kullanıcı sekretere randevularını oluşturmasını söyleyebilir. Bu durumda ofis sağlayıcısı ile çalışan arasındaki sözleşmenin tam üçüncü şahıs yararına bir sözleşme olduğundan bahsedilir<sup>25</sup>. Her ne kadar ofis sözleşmelerinin mahiyetine uygun düşme de, aksinin kararlaştırılması mümkündür. Böylesi durumlarda da, eksik üçüncü şahıs yararına sözleşme vardır<sup>26</sup>.

## C- OFİS KULLANICISI İLE ÇALIŞAN ARASINDAKİ İLİŞKİ

Genel olarak, ofis kullanıcısı ile ofis sağlayıcısının çalışanları arasında doğrudan bir akdî ilişki bulunmaz. Ancak edimlerin büyük bir bölümünü fiilen çalışanlar ifa eder. Böylece meseleye ofis kullanıcısı açısından bakıldığında çalışanlar, ofis sağlayıcısının ifa yardımcısıdır. İlgili durum ofis sağlayıcısı ile çalışan arasındaki sözleşme açısından da değerlendirilebilir. Bu hâlde de

<sup>22</sup> Söz konusu özalgeye göre “Sanal ofis hizmetleri ise, sabit bir işyerinin sürekli olarak kullanılmak üzere kiralanmasından ziyade, kişi ve kurumların (şirketler, dernekler vb.) iş ve işlemlerinde adres bildirim ihtiyacına cevap vermek üzere aynı yerin aynı dönemde (farklı zaman dilimlerinde, günlük veya saatlik olarak) birden fazla kişinin kullanımına tahsis edilmesi suretiyle sunulan; bunun yanı sıra bu kişi ve kurumlara posta hizmeti sağlamak, faks, telefon ve sekreterlik hizmeti vermek veya belirli sürelerde toplantı salonlarını tahsis etmek gibi farklı fonksiyonlar da içerebilen bir hizmet türüdür. Bu bağlamda, Şirketiniz tarafından verilen sanal ofis hizmeti, 2007/13033 sayılı BKK'nın geçici 6 ncı maddesinin (1/a) bendi kapsamında işyeri kiralama hizmeti olarak değerlendirilemeyeceğinden, bu hizmete genel oranda (%18) KDV uygulanması gerekmektedir”, <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/ozelgeler/39044742-130-ozelge-e-702055-sayili-ozelge-1>, (Erişim Tarihi: 15.11.2020).

<sup>23</sup> Antalya, s. 72; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1169; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 289; Erdoğan, s. 285; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 437.

<sup>24</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 1171; Antalya, s. 71; Erdoğan, s. 285; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 446.

<sup>25</sup> Üçüncü kişinin edimi talep yetkisinin olduğu durumlarda tam üçüncü kişi yararına sözleşmeden bahsedilir, Antalya, s. 72; Erdoğan, s. 286; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1174; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 291; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 440.

<sup>26</sup> Üçüncü kişinin edimin ifasını talep edemediği, sadece kabule yetkili olduğu durumlarda eksik üçüncü kişi yararına sözleşme vardır, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 291; Antalya, s. 72; Erdoğan, s. 286; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1172; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 439.



çalışan, tam (ya da eksik) üçüncü şahıs yararına yapılan sözleşmenin borçlusu konumundadır. Ofis kullanıcısı ise, bu sözleşmede taraf sıfatı olmayan ancak edimden yararlanan üçüncü kişidir.

Kural olarak üçüncü kişi yararına sözleşmelerin eksik üçüncü kişi yararına oldukları kabul edilir<sup>27</sup>. İstisnaen kanun hükmünün bulunduğu, örf-âdetin o yönde olduğu ya da tarafların amaçlarından durumun anlaşıldığı hâllerde tam üçüncü kişi yararına sözleşme vardır (TBK m. 129/II). Ofis sözleşmesinin bulunduğu bir durumda ise, çalışan ile ofis sağlayıcısı arasındaki sözleşmenin, tam üçüncü kişi yararına yapıldığı sonucuna varılmalıdır. Çünkü ofis sözleşmelerinin asıl amaçlarından biri de, çalışanın hizmetinden doğrudan yararlanabilmektir. Çalışan ile ofis sağlayıcısı arasındaki sözleşmenin tam üçüncü şahıs yararına olduğu kabul edildiğinde, sözleşmenin kurulması ile birlikte kullanıcı, alacak hakkını doğrudan kazanmış olur<sup>28</sup>.

#### D- OFİS SÖZLEŞMELERİNE HANGİ HÜKÜMLERİN UYGULANACAĞI SORUNU

Çalışmada yapılan inceleme kapsamında, ofis sözleşmeleri esasında birbirine bağlı üç farklı hukukî ilişkiyi ifade etmektedir. Dolayısıyla herhangi bir uyuşmazlık hâlinde uygulanacak hükümler tespit edilirken bu hukukî ilişkilerin niteliği dikkate alınmalıdır.

Ofis sağlayıcısı ile ofis kullanıcısı arasındaki hukukî ilişkinin kombine tipli bir isimsiz sözleşme olduğu hakkındaki görüş daha önce belirtilmişti<sup>29</sup>. Dolayısıyla sözleşmede yaşanan uyuşmazlıkların çözümünde, bu tür sözleşmeler için ileri sürülmüş çözüm önerileri göz önünde bulundurulmalıdır. Doktrinde Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanması, her edim tipinin ait olduğu sözleşme hükmünün uygulanması, baskın olan sözleşme tipi hükümlerinin uygulanması ve hâkimin hukuk kuralı oluşturması şeklinde görüşler<sup>30</sup> ileri sürülmüştür. Bunlardan sadece birinin benimsenmesi, her uyuşmazlık için çözüm olmayabilir. Diğer yandan TMK m. 1 de bu çözümlerin hiçbirini dışlayacak şekilde düzenlenmemiştir. Bu hükümden de yola çıkarak ilk önce doğrudan ya da kıyasen uygulanabilecek bir hükmün olup olmadığı araştırılmalı, sonra örf-âdet kuralına bakılmalı ve nihayetinde yine uygulanacak bir hüküm yoksa hukuk kuralı koyulmalıdır. Ofis sözleşmesi uyuşmazlıklarının çözümünde de belirtilen bu yöntem takip edilmelidir. Taraflar arasındaki bu uyuşmazlık, boşluk şeklinde de ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda sözleşme serbestisi ilkesi de göz önünde bulundurularak yapılabiliyorsa öncelikle tarafların farazî iradesi tespit edilmelidir; bu mümkün değil ise yedek hukuk kuralları tarafların bu kurallardan sapmak istemedikleri belirlenebiliyorsa uygulanmalı, yine de çözüm bulunamamışsa Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel ve özel hükümlerden uygulanabilecek yedek hukuk kuralı olup olmadığı tespit edilmelidir<sup>31</sup>.

Ofis sağlayıcısı ve çalışan arasındaki ilişkilerin genellikle iş sözleşmesi olarak nitelendiği belirtilmişti. Bu açıdan başka bir sözleşmenin özelliklerini göstermediği takdirde iş sözleşmesi hükümleri uygulanarak söz konusu ilişkideki uyuşmazlıklar çözüme kavuşturulmalıdır. Ofis

<sup>27</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 292; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1174.

<sup>28</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 1174; Oğuzman/Öz, Cilt-2, s. 452.

<sup>29</sup> Bkz. II, A.

<sup>30</sup> Yücer Aktürk, İpek. *İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 100 vd.; Yavuz/Acar/Özen, s. 28, 29; Aydoğdu/Kahveci, s. 42; Serozan, Rona/Baysal, Başak/Sanlı, Kerem Cem. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, İstanbul 2018, s. 96, 97; Eren, *Borçlar Özel*, s. 945 vd.; Gümüş, Cilt-I, s. 12, 13.

<sup>31</sup> Atamer, Yeşim. "Sözleşme Boşluklarının Hâkim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler", (İÜHFMC. LXIU. S. 1-2, Y. 2005, s. 171-191, s. 188.

kullanıcısı ile çalışan arasında ise, doğrudan bir hukukî ilişki olmamakla birlikte, ofis kullanıcısının çalışana karşı bir alacak hakkı ileri sürüp süremeyeceği de bu ilişkinin tam ya da üçüncü şahıs yararına yapılmış olup olmadığına bakılarak belirlenmelidir.

### III- OFİS SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

#### A- HAZIR OFİS SÖZLEŞMESİ

Hazır ofis sözleşmelerinde taraflar, ofis kullanıcısının ihtiyacı olan tüm ofis mal ve hizmetlerinin tek bir edim karşılığında kullanıcıya sağlanmasını amaçlarlar<sup>32</sup>. Kombine edimler arasında, mekân ve eşya kullanımının yanı sıra, sekreteryaya hizmetinin sağlanması, misafirlerin karşılanması, kargoların alınması, telefonların ya da diğer iletilerin cevaplanması, kafeterya, fotokopi, güvenlik gibi diğer hizmetlerin sağlanması da bulunmaktadır<sup>33</sup>. Toplantı odası kullanımı da bunlar arasında yer alabilir<sup>34</sup>. Kimi sözleşmelerde web sayfası tasarımı da kararlaştırılmaktadır.

Ofisin kullanıcıya ait yasal işyeri adresi olması önem taşıyan bir konudur. Böylece iletiler, tebligatlar söz konusu adrese yapılabilmekte; vergi müfettişleri yaptıkları ziyaretlerde kurumsal bir iş mekânı ve muhatap bulabilmektedirler. İşyeri adresinin sağlanması, kullanıcının işini yapabilmesi için kanunî gereklilikleri de sağlamış olmaktadır.

Ofis kullanıcısına hazır ofis sözleşmesinde sunulan mekân, münferit kullanabileceği bir alandır. Kullanıcı, bu alanı çoğu zaman diğer ofis kullanıcılarıyla paylaşmaz. Hazır ofis sözleşmesini, bir diğer tür olan ortak ofis sözleşmelerinden ayıran özellik de budur. Ancak toplantı odası<sup>35</sup>, kafeterya ya da fotokopi odası gibi paylaşılan alanlar olabilir. Bu noktada türleri birbirinden ayırt edebilmek için kullanıcının asıl işlerini icra ettiği alana dikkat edilmelidir.

<sup>32</sup> Canbolat, Tülay/Ergin, Elif. “Hazır Ofislerin İç Mekan Tasarım Yaklaşımları”, *Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 29, Sayı: 1, Yıl: 2020, s. 42-56, <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=8f6d00ab-09bd-4852-8f83-815f31b76e1b%40pdc-v-sessmgr02> (Erişim Tarihi: 15.11.2020), s. 43. Bu çalışmada hazır ofis sözleşmeleri bir kira sözleşmesi olarak anılmaktadır. Birden çok kullandırma ve hizmet yükümlülüğünün tek bir bedel karşılığında sağlanması ise otel sözleşmesi mantığına benzer şekilde “otelleme” olarak adlandırılmaktadır (s. 46). Otel sözleşmeleri ise genel olarak kombine tipli karma sözleşme olarak nitelenmektedir, Kuntalp, Erden. *Karışık Muhtevalı Akit*, Doçentlik Tezi, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1971, s. 84; Akyol, s. 9; Çamur, Ekimsu. *Otel Konaklama Sözleşmeleri*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/72886/625226.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi:01.09.2021), s. 22. Bu yöntem çerçevesinde hazır ofis sözleşmesi de tıpkı otel sözleşmesi gibi kombine tipli karma bir sözleşme olarak nitelenmelidir.

<sup>33</sup> Boztepe, s. 90; İnceoğlu, s. 47; Canbolat/Ergin, s. 46; <https://officestation.com.tr>, (Erişim Tarihi: 24.09.2020).

<sup>34</sup> <https://www.leventofis.com/blog>, (Erişim Tarihi: 24.09.2020); <https://officestation.com.tr>, (Erişim Tarihi: 24.09.2020).

<sup>35</sup> Sadece toplantı odasının kullanımının tahsis edildiği sözleşmeler de ofis sözleşmesi olarak yapılabilmektedir, bkz. İstanbul 18. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 30.05.2018, E. 2017/446, K. 2018/660, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/adli-yargi-ilk-derece-mahkemeleri/istanbul-18-asliye-ticaret-mahkemesi-e-2017-446-k-2018-660-t-30-5-2018> (Erişim Tarihi: 15.11.2020). Kararda sözleşme hizmet sözleşmesi olarak nitelenmiştir. Kanaatimizce sözleşme, sadece toplantı odasının kullanımı söz konusu ise kira sözleşmesi, kullanımını yanı sıra diğer hizmetlerin verilmesi de söz konusuysa hazır ofis sözleşmesi olarak nitelenmeliydi.

## B- ORTAK OFİS (CO-WORKİNG) SÖZLEŞMESİ

Ortak ofis sözleşmelerinde de kullanıcılara bir ofis alanı tahsis edilmekle birlikte bu alan sadece tek bir kullanıcıya ait olacak şekilde düzenlenmemiştir<sup>36</sup>. Bir odada birden fazla çalışma masasının bulunması şeklinde dizayn edilebildiği gibi, geniş bir alanda paravanlarla bölmeler oluşturularak kütüphane çalışma salonu şeklinde düzenlenmiş ortak ofisler de bulunmaktadır<sup>37</sup>. Söz konusu tipte kullanıcılar ortak bir alan paylaştıkları için çalışma düzeninden yola çıkılarak sözleşme türü “co-working” olarak da anılmaktadır<sup>38</sup>.

Sekretarya, güvenlik, fotokopi ya da kafeterya gibi diğer hizmetler açısından ortak ofis sözleşmesinin hazır ofis sözleşmesinden farklı bir yönü yoktur. Ancak bu noktada belirleyici olan elbette tarafların iradeleridir. Sadece belli zamanlarda ofise ihtiyacı olan, zamanının çoğunu sahada geçiren bir ortak ofis kullanıcısının, ofis alanında gün boyu kalan hazır ofis kullanıcısına göre belli hizmetlere daha az ihtiyacı olabilir. Bu durum uygulamada karşı edimin belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaktadır.

## C- SANAL OFİS SÖZLEŞMESİ

Pandemi ortamı için önceden hazırlanmış bir çare olmasa da, sanal ofisler bu ortamla birlikte yaygınlaşan bir çalışma yöntemidir. Küresel ölçekte değerlendirildiğinde sanal ofisler, çalışanın mal ya da hizmet alanla fiziki iletişimde bulunmadan internet ağı vasıtasıyla online ortamda iletişime geçerek işlerini yürüttüğü ofis türüdür<sup>39</sup>. Genel olarak çalışanın, bilgisayarının ve internet bağlantısının bulunduğu her yer onun sanal ofisidir. Çünkü bu türde çalışan, işlerini bir ofis ortamının dışında yürütür. Bununla birlikte bazı işlerin yapılabilmesi, özellikle ticari alanda faaliyet gösterilebilmesi için yasal bir adres<sup>40</sup> de edinmesi gerekmektedir (TTK m. 339 ve 576). Çalışanla iletişime geçmek isteyen müşteri ya da diğer kimselerin karşılanması, telefon ve maillerin cevaplanması da lazımdır. Bu sebeple ofis ortamını kullanmayan çalışan, bir alanı yasal adresi olarak gösterme ve anılan diğer ofis ihtiyaçlarını karşılamak için bir hazır ofis firması ile

<sup>36</sup> Yılmaz, İbrahim Alpay/Pajo, Aykut/Güngör Güzeler, Elçin. “Sanal Ofis ve Sanal Ofiste Kullanılan Bilgi ve İletişim Teknolojileri”, *Electronic Journal of Vocational Colleges, Bürokon Özel Sayısı*, Yıl: 2014, s. 427-428, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/62516> (Erişim Tarihi: 15.11.2020), s. 433.

<sup>37</sup> <https://www.hazir-ofis.com>, (Erişim Tarihi: 24.09.2020).

<sup>38</sup> <https://withcoworking.com>, (Erişim Tarihi: 24.09.2020).

<sup>39</sup> Turna, Fatma. *ABD Modeli Işığında Türk Vergi Hukukunda Ev Eksenli Çalışma*, Doktora Tezi, İstanbul 2020, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi: 15.11.2020) s. 16; Ülkü, Yunus Emre. “İşyeri Olarak Sanal Ofis ve Vergi Uygulamaları”, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 172, Yıl: 2019, s. 827-844, <https://legal.com.tr/Book/kDuUV-lmhEupNvDsK61WMA/6fff56b488364f8990197b91e338b0fa> (Erişim Tarihi: 15.11.2020), s. 829; Yılmaz/Pajo/Güngör Güzeler, s. 431. Ayrıca bkz. Boztepe, s. 92; Bell, Terri. “The Virtual Office”, *GPSolo*, Vol. 24, Issue 4 (June 2007), p. 33-35, s. 34.

<sup>40</sup> Buna karşılık İstanbul BAM 17. HD'nin verdiği bir kararda sanal ofis adresi, şirketin ana faaliyetlerini yürüttüğü yer olarak nitelenmemiştir: “...İflası istenen kişinin ticaret siciline kayıtlı olduğu yer, muamele merkezi yönünden karine teşkil ederse de, ticaret sicilinde kayıtlı yerden başka bir yerin muamele merkezi olduğu kanıtlanırsa iflas davasının bu yer ticaret mahkemesinde açılması gerekir (Yargıtay HGK'nın 2012/19-643 Esas, 2013/256 Karar sayılı kararı). Somut olayda ... davacı vekilinin de duruşmada beyan ettiği üzere şirket defter ve kayıtlarının K.Maraş'ta bulunduğu ve şirketin mali müşavirlik hizmetini Maraş'ta aldığı görülmektedir. Diğer taraftan şirketin sicile kayıtlı yeni adresi ise sanal ofis niteliğinde olup, şirket faaliyetini buradan yürütmemektedir. Tüm bunlardan şirketin muamele merkezinin Maraş olduğu anlaşılmakla mahkemece davanın yetkisiz mahkemede açıldığı gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmesi yerindedir...”, İstanbul BAM, 17. HD, T. 23.01.2020, E. 2019/3558, K. 2020/199, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam17-hd-e-2019-3558-k-2020-199-t-23-1-2020> (Erişim Tarihi: 15.11.2020).

anlaşma yapmaktadır<sup>41</sup>. İşte, söz konusu hizmetlerin bütünü uygulamada “sanal ofis” şeklinde anılmaktadır<sup>42</sup>. Buna karşılık, esasında çalışanın kendisi için oluşturduğu ya da aynı işi yapanların ortak bir online platformda birleştikleri sanal ortam<sup>43</sup> sanal ofistir. Bunun dışındaki ihtiyaçları için kendisine hizmet sunan ve yasal adres ihtiyacını karşılayan firma, yalnızca bunlara dair hizmet vermektedir. Yine de söz konusu hizmetler uygulamada “sanal ofis” olarak anıldığı için çalışmada da bu isimle anılmıştır.

“Ofis” kelimesini barındırıyor olmasına rağmen, aslında sanal ofiste kullanıcıya sunulmuş fiziki bir ofis ortamı yoktur<sup>44</sup>. Çalışan işlerini ofis ortamı olmadan online ortamda yürütmektedir. Çoğu zaman sektöre yeni atılan kimselerin giderleri azaltmak için tercih ettiği söz konusu ofis sistemi<sup>45</sup>, giderek yaygınlaşan bir uygulama hâlini almaktadır. Özellikle içinde bulunulan pandemi ortamı sanal ofislerin hayatımızda eskisinden daha fazla yer işgal edeceğinin işaretlerini vermektedir.

“Sanal ofis” deyiminden, uygulamada kabul gördüğü üzere, kişinin ofis ortamını fizikî kullanımı olmadan, birtakım edimlerin ona sağlanması anlaşılırsa, bu hukukî ilişki yerine göre hizmet sözleşmesi ya da kombine tipli karma sözleşme olarak nitelenebilir. Ancak “sanal ofis” birtakım işlemlerin sanal ortamda gerçekleştirilmesi şeklinde anlaşılırsa, bu durumda servis sunucu ile servisi kullanan arasında bir hizmet ya da eser sözleşmesi meydana gelir. Elbette bu

<sup>41</sup> Sanal ofis sözleşmesinde ofis ortamının kullanılmadığına dair, Boztepe, s. 92.

<sup>42</sup> <https://www.leventofis.com/blog>, (Erişim Tarihi: 24.09.2020); <https://www.ankarakiralikofis.com>, (Erişim Tarihi: 24.09.2020). Ayrıntılı bilgi için bkz. Bell; Ron, Freidman. “The Future Law Office: Going Virtual”, *Law Practice*, Volume 30, Issue 1 (January/February 2004), p. 30-35; Guillermo, Rotman. “Virtual Offices Help Small Firms Play Bigger”, *GPSolo*, Volume 26, Issue 3 (April/May 2009), p. 37-40; Boztepe, s. 92. Bahsi geçen sanal ofis sözleşmesinin kira sözleşmesi olarak nitelenmesi hakkında, İstanbul 18. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 14.06.2019, E. 2019/238, K. 2019/587, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/adli-yargi-ilk-derece-mahkemeleri/istnbl-18-asliye-ticaret-mahkemesi-e-2019-238-k-2019-587-t-14-6-2019> (Erişim Tarihi: 15.11.2020).

<sup>43</sup> Sanal ofis uygulamasının görüldüğü önemli alanlardan biri de “sanal hukuk uygulamaları” (*Virtual Law Practice*)dir. “e-Lawyering” adıyla da bilinen genel avukatlık hizmetleri artık tüm dünyada yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Bu da avukatların ortak sanal bir platformda birleşmeleriyle meydana gelmektedir. Örneğin New York’ta “Software as a Service (SaaS)” adıyla anılan bir bulut uygulaması vardır. Söz konusu uygulamada kullanıcılara yazılım için bir kullanım şifresi verilmekte, avukatlar da görüşmelerini ve diğer işlemleri bu sistem üzerinden yürütebilmektedir. Bununla beraber e-Lawyering sisteminin müvekkilin vekile ulaşabilirliği açısından ne derece yeterli bir yöntem olduğu tartışmalıdır, bkz. Kimbro, Stephanie L.. “Practicing Law Without an Office Address: How The Bona Fide Office Requirement Affects Virtual Law Practice”, *University of Dayton Law Review*, Volume. 36, Issue 1 (Fall 2010), p. 1-28, s. 4, dn. 9. “Sanal ofis” tabiri, Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği’nin 9. maddesinde de fiziki ortama sahip olmayan ofis olarak değil, “sanal hukuk uygulaması” anlamında kullanılmaktadır: “Bu Yönetmelik kapsamında olanlar, mesleki faaliyetlerini internet üzerinden sürdürmek, müvekkillerini bilgilendirmek, mesleki makalelerini ve bilimsel çalışmalarını yayımlamak amacıyla internet sitesi açabilir. Tabelada, basılı evraklarında ve internet sitesinde tercih ettiği e-posta adreslerini kullanabilir. İnternet sitesi üzerinden mesleki faaliyetini yürütürken avukatlık mesleğinin onur ve kurallarına, avukat unvanının gerektirdiği saygı ve güvene aykırı olmamak şartı ve gerekli güvenlik tedbirlerini alarak, sır saklama yükümlülüğüne uygun davranmak kaydı ile internetin kendine özgü araçlarını ve sadece ilgili kişinin ulaşabileceği, şifre-algoritma ile korunan internet sitesinin geri planında kişiselleştirilmiş “sanal ofis” benzeri uygulamaları kullanabilir. Bu uygulamalar ilgisinin dışındakilerin kullanımına açılmaz”, <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/yonetmelikler/turkiye-barolar-birligi-reklam-yasagi-yonetmeli-1> (Erişim Tarihi: 15.11.2020). Aynı yönde bkz. Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Mesleklerine İlişkin Haksız Rekabet ve Reklam Yasağı Yönetmeliği m. 22/2.

<sup>44</sup> Boztepe, s. 92.

<sup>45</sup> Bkz. Gibson K., William, “Increase Profit by Decrease Costs”, *Law Practice*, Volume 38, Issue 4 (July/August 2012), p. 56-57.

niteleme, taraflar arasındaki ilişkinin özel hukuk ilişkisi olması hâlinde geçerlidir. Servis sunucu bir kamu kurumu ise bu durumda ortada bir kamu hizmetinin görülmesi söz konusudur ve sadece hizmetin sunum aracı değişmektedir.

#### IV- OFİS SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Ofis kullanıcısı ile ofis sağlayıcısı arasında kurulan sözleşmenin hukukî nitelik olarak kombine tipli bir isimli sözleşme olduğundan daha önce bahsedilmişti<sup>46</sup>. İsimli sözleşmelerin genel olarak şekle bağlı olduğundan bahsedilemese de, barındırdıkları unsurlar şekil şartı gerektiriyorsa, sözleşmenin tümü bu şekil içinde yapılmalıdır<sup>47</sup>. Ofis sözleşmesinin barındırdığı edimler, genel olarak şekil gerektirmeyen edim tipleridir. Nitekim ofis alanının ve eşyalarının kullanılması, kira sözleşmesinin unsurunu oluşturur ve bu sözleşme kural olarak şekle tâbi değildir<sup>48</sup>. Sekretarya, güvenlik, iletilerin alınması gibi hizmetler de hizmet ya da vekâlet sözleşmesinin unsuru olabilirler ki bu sözleşmeler de kural olarak şekil gerektirmezler (TBK m. 394/I ve örtülü kabule işaret edildiği için TBK m. 503). Gelen müşterilere ya da kullanıcılara yiyecek-içecek sağlanması da yerine göre satım ya da hizmet sözleşmesinin unsuru olarak nitelenebilir ve bu hâlde de şekil gerekmez (TBK m. 237/I'in aksi yönde yorumu ve TBK m. 394/I). Sonuç olarak ofis sözleşmesi şekle tâbi olmayan bir sözleşmedir.

Ofis sağlayıcısı ile çalışanı arasındaki sözleşme, şayet hizmet sözleşmesi ise yine şekle bağlı olmayan bir sözleşme vardır (TBK m. 394/I). Taraflar arasında web sayfası tasarımında olduğu gibi, eser sözleşmesi edimi de bulunabilir. Web sayfası tasarlayan, ofis sağlayıcısından bağımsız olarak çalışıyorsa, artık tasarlayan yüklenici sıfatı kazanır. Aralarındaki sözleşme eser sözleşmesi olur. Eser sözleşmesi de istisnâ hâller dışında şekle tâbi olmadığından<sup>49</sup>, sözleşme yine şekil gerektirmez. Buna karşılık web sayfası tasarlayan kimse, sürekli emir-talimata bağlılıkla web sayfası tasarlama edimini üstlenmişse, burada artık yine hizmet sözleşmesinin varlığından söz edilir. Aralarındaki sözleşme çoğunlukla, 4857 sayılı İş Kanunu m. 4'te sayılan istisnalar kapsamında değerlendirilemeyeceği için de bu sözleşmeye söz konusu kanun hükümleri uygulanır.

#### V- TARAFLARIN BORÇLARI

Kanunî sınırlar dâhilinde taraflar farklı içerikte ofis sözleşmeleri yapabildiğinden, sözleşmeden doğan hak ve borçları sınırlayıcı şekilde incelemek doğru değildir. Dolayısıyla bu başlık altında, uygulamadaki ofis sözleşmelerinde en çok yer verilen edim tipleri göz önünde bulundurularak tarafların hak ve borçları incelenmiştir.

Ofis sözleşmesi, hukukî nitelik olarak kombine tipli karma bir sözleşme olarak nitelendiğinde, tarafların hak ve borçlarını tespit için ilgili isimli sözleşmelere ait TBK'da yer alan hükümlerden yararlanılabilir<sup>50</sup>. Kanaatimizce de ofis sözleşmesi kombine tipli bir isimli sözleşme olduğundan, açıklamalar da bu kabul çerçevesinde yapılmaktadır.

<sup>46</sup> Bkz. II, A.

<sup>47</sup> Karma sözleşmeler açısından Eren, *Borçlar Özel*, s. 941; Gümüş, Cilt-II, s. 7.

<sup>48</sup> Gümüş, Cilt-I, s. 236; Eren, *Borçlar Özel*, s. 323. Bununla beraber Devlet İhale Kanunu m. 57 gereğince kamu tüzel kişilerine ait taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerinin noter tarafından onaylanması gerekir.

<sup>49</sup> Yavuz/Acar/Özen, s. 993; Aydoğdu/Kahveci, s. 763; Eren, *Borçlar Özel*, s. 596, 597; Gümüş, Cilt-II, s. 7.

<sup>50</sup> Bkz. II, D.



## A- OFİS SAĞLAYICISININ BORÇLARI

### 1- Ofis Alanının ve Eşyalarının Kullanımını Sağlama Borcu

Sanal ofis istisna edildiğinde, ofis sözleşmelerinde ofis sağlayıcısının ilk aslî edim yükümlülüğünü, ofis alanını ve eşyalarını kullandırma borcu oluşturmaktadır. Böylece ofis sağlayıcısı kullanım konusu alanı ve eşyaları kullanıma uygun şekilde teslim etmek ve sözleşme süresince de bu hâlde bulundurmakla yükümlüdür (TBK m. 301'e kıyasen). Teslim borcunun kapsamına ofisin kullanımı için gerekli olan otopark, bahçe, teras, çay-kahve ihtiyacı için tahsis edilen mekân ya da diğer ortak alanlar da girer<sup>51</sup>. Toplantı odasının ortak alan olup olmadığı, tarafların iradelerine göre tespit edilmelidir. Taraflar ofis odası için sözleşme yapmışlarsa, toplantı odası ortak alan olabilir. Ancak sırf toplantı odası için sözleşme yapmışlarsa, ilgili durum, sözleşmenin doğrudan konusunu oluşturur.

Ofis sağlayıcısı, ofis alanını ve eşyalarını kullanıma ayıpsız hâlde sunmuş olmalıdır. Örneğin, ofis sağlayıcısı eşyaların ayıplı ya da ofis ortamının gürültülü olmasından sorumludur. Bununla birlikte ofis ortamının gürültülü olmaması ya da komşular tarafından rahatsız edilmeme gibi borçlar, ofis sözleşmesinin özelliği dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Mesela, hazır ofis sözleşmesinde yalnızca kullanıcıya tahsis edilen münferit bir alan vardır. Oysa ortak ofis (co-working) türündeki hazır ofis sözleşmesinde taraflar aynı alanı paylaşırlar. Her ne kadar iki türde de, ofis kullanıcısı diğer kullanıcılar tarafından rahatsız edilmemeyi ofis sağlayıcısından talep edebilirse de ikinci türde kullanıcının bu talebi daha dardır. Çünkü kullanımın gerektirdiği birtakım hareketliliklere ya da seslere katlanması gerekebilir.

Ofis sağlayıcısının teslim borcunu tam ve gereği gibi ifa etmiş sayılması, zapta karşı tekeffül sorumluluğunu da gerektirir. Üçüncü kişinin ofis üzerindeki mülkiyet hakkı, geçit hakkı ya da üst hakkı gibi iddiaları bu sorumluluğun kapsamındadır<sup>52</sup>. Şahsî hak iddiaları, ofis sağlayıcısının zapta karşı tekeffül sorumluluğunu gerektirmez. Ofis konusu alanın mülkiyeti, sözleşme kurulduktan sonra el değiştirirse, yeni mâlikin iddiaları da zapta karşı tekeffül sorumluluğu kapsamında değerlendirilmez. Bu durumda yeni mâlik ofis sözleşmesinin tarafı olur (TBK m. 310'a kıyasen). Sözleşme kurulduktan sonra ofis üzerinde sınırlı aynî hak ihdası durumunda ise TBK m. 310/I kıyasen uygulanır (TBK m. 311'e kıyasen).

### 2- Vergi ve Benzeri Yükümlülüklerle Katlanma Borcu

Ofis alanının kullanımı ile ilgili olmayan vergi ve benzeri diğer yükümlülüklerle ofis sağlayıcısı katlanır (TBK m. 302'ye kıyasen). Örneğin emlak vergisi ya da gelir vergisi gibi yükümlülüklerde, vergi doğuran olay ofis kullanıcısı ile ilgili değildir. Ofis çeşitli tehlikelere karşı sigorta ettirilmişse bu sigortanın primlerini de ofis sağlayıcısı karşılar<sup>53</sup>. Buna karşılık, ofis alanının fiili kullanımından doğan çevre temizlik vergisi gibi mâli yükümlülüklerle ofis kullanıcısı katlanmaktadır. İzmir'de yapılmış bir sanal ofis sözleşmesinde çevre temizlik vergisine kimin karşılayacağı konusunda İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı'na görüş sorulmuş, Başkanlık da bu soruya cevaben yayınladığı özalgede, Belediye Gelirleri Kanunu m. 44 gereğince çevre temizlik

<sup>51</sup> Tandoğan, Cilt: I/2, s. 110; İnceoğlu, s. 75; Gümüş, Cilt-I, s. 396; Eren, *Borçlar Özel*, s. 436.

<sup>52</sup> Yavuz/Acar/Özen, s. 427; Eren, *Borçlar Özel*, s. 439; Gümüş, Cilt-I, s. 424; İnceoğlu, s. 236.

<sup>53</sup> Eren, *Borçlar Özel*, s. 328; Gümüş, Cilt-I, s. 278; Aydoğdu/Kahveci, s. 449.

vergi mükellefi binaları kullanan kişiler olarak gösterildiğinden, ofis kullanıcılarının söz konusu vergiyi ödemekle yükümlü olduğunu ifade etmiştir<sup>54</sup>.

### 3- Ofis Kullanıcısının Güvenliğini Sağlama Borcu

Ofis sağlayıcısı, kullanıcının kişisel ve malvarlığı bütünlüğünü sağlamakla yükümlüdür. Tarafların bu yükümlülüğü açıkça kararlaştırmış olmaları gerekmez. Mobilyaların düşmemesi için duvara sabitlenmesi ya da elektronik eşyalarda elektrik kaçağının olup olmadığının kontrol edilmesi, bu tür yükümlülüklerin bir parçasıdır. Güvenliğin sağlanması yükümlülüğünün kapsamına, kullanıcı ile iletişime geçen üçüncü kişilerin de dâhil edilmesi gerekir<sup>55</sup>.

Güvenliği sağlama yükümlülüğünün bir başka yönünü de, bu borcun ifasına yardımcı olmak üzere münferit çalışanların istihdam edilmesi oluşturur. Esasında güvenlik görevlisi çalıştırılması, yükümlülüğün yerine getirilmesinde yardımcı kişi kullanılmasından başka bir şey

<sup>54</sup> Söz konusu özelge sanal ofis sözleşmesinin içeriğinin ortaya koyulması açısından fikir verici olabilir. Bu sebeple çalışmamızda paylaşmak istedik:

“Sayı: 66813766-175.02[mük44-2017-8]-536621

Konu: Sanal ofislerde ÇTV

İlgide kayıtlı özelge talep formu ve eklerinin incelenmesinden, Belediyeniz sınırları içinde sanal ofis olarak kullanılan işyerlerinin bulunduğu, bu işyerlerinin birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanıldığı ve aralarında bir ortaklık bulunmadığı belirtilerek, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununa göre çevre temizlik vergisinin ne şekilde ve kimlerden tahsil edileceği hususunda Başkanlığımız görüşünün sorulduğu anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun mükerrer 44 üncü maddesinde;

"Belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde bulunan ve belediyelerin çevre temizlik hizmetlerinden yararlanan konut, iş yeri ve diğer şekillerde kullanılan binalar çevre temizlik vergisine tabidir.

...

Verginin mükellefi, binaları kullananlardır. Mükellefiyet binanın kullanımı ile başlar." hükmü yer almaktadır.

Ayrıca, çevre temizlik vergisinin uygulanması ile ilgili açıklamaların yer aldığı 30 seri no.lu Belediye Gelirleri Kanunu Genel Tebliğinde;

"III- Mükellef

Maddenin üçüncü fıkrasına göre verginin mükellefi, her ne sıfatla ve ne şekilde olursa olsun binaları kullanan gerçek ve tüzel kişilerdir." denilmektedir.

Buna göre, çevre temizlik vergisinin mükellefi, her ne sıfatla ve ne şekilde olursa olsun binaları kullananlar olduğundan, binaları kullananların kiracılar olması halinde verginin kiracılar tarafından ödenmesi gerekmektedir.

Sanal ofis sisteminin tetkikinden, sık seyahat eden, mobil çalışan, ofis kullanımına sürekli ihtiyaç duymayan, ofis genel maliyetleriyle uğraşmak istemeyen ancak prestijli bir işyerinde bulunmak isteyen gerçek veya tüzel kişilerce, profesyonel ofis hizmetleri sunmak amacıyla kurulan firmalardan kiralanmış ofislerde gelen postalarını almak, faks, telefon ve sekreterlik hizmeti vermek veya belirli sürelerde toplantı salonlarını kiralamak amacıyla oluşturulmuş bir sistem olduğu anlaşılmıştır.

Buna göre, ofislerin sanal olarak kiralanması amacıyla kurulan firmalarca, sanal ofisleri kiralayan gerçek ve tüzel kişilere postaları karşılama, telefonların cevaplanması, sekreterlik, toplantı salonu temini, güvenlik ve büroların temizlik hizmetleri ile ilgili hizmetler sağlanmaktadır. Diğer taraftan, firmalardan sanal ofis kiralayan gerçek veya tüzel kişilerin, farklı kapsamlarda hizmet aldığı, bir kısmının sadece postalarının karşılandığı, bir kısmının sekreterlik hizmeti aldığı, bir kısmının ise aylık periyotlarda toplantı yapmak amacıyla da ofisleri kullandığı; ancak kendilerine bu hizmetleri veren, ofis personelini çalıştıran bir firmanın bulunduğu anlaşılmıştır.

Yukarıda yer alan hüküm ve açıklamalara göre, işyeri olarak kullanılan binadan tek vergi alınması gerektiğinden aralarında ortaklık bulunmayan birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılan sanal ofislerin faaliyette bulunduğu binaya ilişkin olarak söz konusu binaya ilişkin kira sözleşmesinin tarafı olan kiracı/kiracıların çevre temizlik vergisinin mükellefi olması ve anılan verginin kiracı/kiracılar tarafından ödenmesi gerekmektedir.

Bilgi edinilmesini rica ederim”, <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/ozelgeler/b-07-1-gib-4-35-17-02-175-02-muk44-2017-8-536621-sayili-ozelge-1> (Erişim Tarihi: 15.11.2020).

<sup>55</sup> Antalya, s. 72; Eren, *Borçlar Genel*, s. 43, Oğuzman/Öz, *Cilt-2*, s. 444. Kira sözleşmesine kıyasen, Eren, *Borçlar Özel*, s. 327.

değildir. Ancak bu durum, sözleşme bedelinin tespitinde ve yardımcı kişilerin sorumluluğunda önem teşkil eder.

#### 4- Temizlik Hizmetinin Sağlanması

Ofis sözleşmelerinin kapsadığı edimlerden birini de ofislerin temizliğinin sağlanması oluşturmaktadır. Ofis sözleşmelerinde bu hizmetlerden doğan giderlere ofis kullanıcısı katlanmakta, bu bedeli diğer kullanım ve hizmet bedelleri ile birlikte toptan ödemektedir. Söz konusu hizmetlerin görülmesi için gerekli organizasyonla ilgilenmemektedir. Buna karşılık, kullanıcının ilgili personeli seçmiyor olması müşterilerinin uğradığı zarara karşı sorumluluktan onu kurtarmaz. Çünkü ofis sağlayıcısının çalışanları, ofis kullanıcısının müşterileri ile kurduğu sözleşmeler açısından ifa yardımcısı sayılır<sup>56</sup>.

#### 5- Yiyecek-İçecek Temininin ya da Yiyecek-İçecek Servisinin Sağlanması

Ofis çalışanlarının ihtiyaç duydukları edimden birini de yiyecek-içecek maddelerinin ve buna dair hizmetlerin sağlanması oluşturur. Edimin kapsamı, tarafların kararlaştırdıkları yükümlülüğe göre değişiklik gösterebilir. Örneğin, yiyecek veya içecekler kafeteryada bulunuyor ve burada self-servis uygulanıyorsa, ofis sağlayıcısının edimi sadece temlik borcundan ibaret olur. Buna karşılık, yiyecek veya içeceklerin sağlanması borcu kapsamına, bunların servis edilmesi ya da misafirlere ikram edilmesi gibi fiiller de giriyorsa artık hem temlik borcundan hem de bir hizmet borcundan bahsedilir.

#### 6- Sekreteryaya ve Resepsiyon Hizmetinin Verilmesi

Tüm ofis sözleşmeleri açısından ortak edim tipi, sekreteryaya hizmetinin sağlanması ve resepsiyon hizmetinin verilmesidir. Ofis sağlayıcısının sekreteryaya işini ifa ile görevlendirdiği kimse, ofis kullanıcısının ziyaretçileri için randevu saati oluşturur, onların sorularını cevaplar, ofis kullanıcısına bırakılmış notları iletir ve mail yazışmalarını takip eder. Tarafların kararlaştırdıkları edim tipine göre farklı işler için de sekreteryaya hizmeti görülebilir. Örneğin, ofis kullanıcısının sunduğu hizmet ile ilgili ufak bilgilendirici konuşmaların yapılması, broşürlerin verilmesi ya da birtakım belgelerin doldurulması bu kapsamda değerlendirilebilir. Resepsiyon hizmetinde ise söz konusu işte görevlendirilen kimseler, ziyaretçileri karşılar, görüşme yapılana kadar onları ağırlar.

Ofis kullanıcısının müşterileri açısından sekreter ya da resepsiyonist ifa yardımcısı sayılır<sup>57</sup>. Sözleşmenin ifası sırasında bu kimseler müşterilere zarar verirlerse, ofis kullanıcısı,

<sup>56</sup> Bkz. II, C.

<sup>57</sup> Ofis sözleşmelerine, ofis çalışanlarının ya da ofis sağlayıcısının yardımcı kişi, temsilci ya da vekil olmadıklarına ya da sekreter gibi çalışanlarla ofis kullanıcısı arasında, işçi-işveren ya da alt işverenlik gibi bir ilişkinin olmadığına dair hükümler koyulabilmektedir, <http://www.office-inn.com/satinal/5/ YASAL-OFIS.htm> (Erişim Tarihi: 10.12.2020). Ancak borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olması alacaklının yararına, alacaklı buna rıza göstermeden yardımcı kişi sorumluluğunun kaldırılması söz konusu olamaz. Yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk için de yardımcı kişi ile borçlu arasında sözleşmesel bir çalıştırma ilişkisinin olması gerekmez, Şenocak, Zarife. *Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu*, Adalet Matbaacılık, Ankara 1995, s. 166; Erdoğan, s. 150; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1102. Dolayısıyla tarafların sözleşmeye böyle bir hüküm koymuş olmaları, zarar görenler açısından hükümsüzdür.

yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre zararı gidermekle yükümlüdür. Aynı yükümlülük sözleşme görüşmeleri açısından da geçerlidir<sup>58</sup>.

### 7- Elektrik, Su ve İnternet Kullanımı ile Isınmanın Sağlanması

Ofis sağlayıcısı, kullanıcıya elektrik, su, ısınma gibi enerjilerin kullanımını sağlamayı da borçlanır. Ancak bu enerjilerin kullanımından doğan bedele ofis kullanıcısı katlanmış olur. Bu yükümlülük ofis ortamının fiziken kullanımına ihtiyaç duyulan ofis sözleşmeleri için geçerlidir. Dolayısıyla sanal ofis sözleşmesinde böyle bir yükümlülük bulunmamaktadır. Sanal ofis sözleşmesinde, sekreter ya da güvenlik gibi kullanıcının ofisteki işlerini yürütmekle görevli olan kimselerin tükettiği enerjiler, ofis kullanıcısına söz konusu enerjilerin kullanımını sağlama borcu olarak yorumlanamaz. Çünkü bu kişilerin verdikleri hizmetleri ofis sağlayıcısı zaten sözleşmede borçlanmaktadır. Bu kimseler ofis sağlayıcısının çalışanı olduğu için çalışanların hizmetlerini ifa ederken gerek duydukları elektrik, su, ısınma gibi ihtiyaçları da ofis sağlayıcısı temin eder.

### 8- Kırtasiye Araç-Gereçlerinin Temini

Ofis çalışması sırasında ihtiyaç duyulan fotokopi cihazı, kâğıt ve diğer birtakım kırtasiye malzemelerinin sağlanması da ofis sözleşmelerinde edim olarak kararlaştırılabilmektedir. Sanal ofis sözleşmesinde ofis ortamının fiziken kullanımı söz konusu olmadığı için böyle bir edim türüne ihtiyaç duyulmaz<sup>59</sup>.

### 9- Ofis Adresinin Resmî Adres Olarak Kullanımına ve Tabela Asımına İmkân Tanınmasının Edim Yükümlülüğü Olarak Değerlendirilmesi

Taraflar ofis sözleşmesi olarak yaptıkları anlaşmada, kullanıcının ofisi yasal adresi olarak gösterebilmesine veya kullanıcının işyeri olduğunu belirten tabela asılmasına imkân tanıyan hükümlere yer verebilmektedirler. Bu tür hükümlerin münferit bir edim tipi olup olmadıklarının ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

Ticarî işletmeler kuruluş belgelerinde işletme merkezinin bulunduğu yeri göstermek zorundadırlar. Kollektif şirketler için TTK m. 213'te, komandit şirketler için (TTK m. 213'e yapılan yollama ile) TTK m. 305'te, anonim şirketler için TTK m. 339'da ve limited şirketler için TTK m. 576'da bu hususa işaret edilmiştir. Ana faaliyetlerin yürütüldüğü bu yerin nasıl temin edildiği konusunda herhangi bir sınırlamaya gidilmemiştir. Tâcir bu yerin mâliki olabilir, onu kiralayabilir ya da başkaca yollarla temin edebilir. Diğer yandan ticarî işletmelerin merkezleri, bu yöntemlerden hangisi ile işyerinin temin edildiğine bakılmaksızın, ticarî, idarî ve hukukî faaliyetlerinin yürütüldüğü yerdir<sup>60</sup>. Ticarî işletme sahibi kimse ana faaliyetlerini ofis sözleşmesi ile temin ettiği mekânda yürüttüğü takdirde, kanunen o mekânı yerleşim yeri ve dolayısıyla resmî adres olarak gösterebilir. Bunun ayrıca ofis sözleşmesinde tanınmasına gerek yoktur.

<sup>58</sup> Sözleşme görüşmelerinin tarafların sorumluluğu kapsamında olduğuna dair, Antalya, s. 234 vd.; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1156; Oğuzman/Öz. Cilt-1, s. 37 vd.

<sup>59</sup> Ofis ekipmanına duyulan ihtiyacın azalması ibaresiyle aynı yönde, Yılmaz/Pajo/Güngör Güzeler, s. 430.

<sup>60</sup> Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, Füsün, N.. *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 168; Hırş, Ernst. *Ticaret Hukuku Dersleri*, 3. Bası, İstanbul 1948, İsmail Akgün Matbaası, s. 53; Kayar, İsmail. *Ticaret Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 65; Bozer, Ali/Göle, Celal. *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2018, s. 15; Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 108.

Ofis olarak kullanılan yere kullanıcının tabela asması için ise birden fazla şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Her şeyden önce 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) m. 4'e göre tabela asılan yer dış cephe ise bu alanlar ortak yer sayılmaktadır. Ortak yerlerde yapılan değişiklikler ise aynı kanunun 19. maddesine göre tüm kat mülklerinin beşte dördünün yazılı rızası ile mümkündür. Yargıtay tarafından tabela asılması ile ilgili uyuşmazlıklarda da aynı yönde karar verilmekte, yönetim planında ya da kat mülkleri kurulu kararı ile aksi belirtilmediği müddetçe tabela asılmasının uygun olduğu belirtilmektedir<sup>61</sup>. Nihayet kat mülklerinin ortak yerlerle ilgili uymak zorunda oldukları kurallar, KMK m. 18 gereğince bağımsız bölümden herhangi bir surette sürekli faydalananları da bağlamaktadır. O hâlde ofis kullanıcısının tabela asabilmesi için kat mülkleri kurulunun buna 4/5 çoğunlukla karar verilmiş olması, yönetim planında bunun yasaklanmamış olması ve ofis sağlayıcısı ile aksi yönde bir anlaşma yapmamış olmaları gerekir. İş hayatında teamül, işyeri olarak kullanılan bir yerin tabela ile işaret edilmesidir. Bu sebeple taraflar sözleşmede tabela asma konusunu düzenlememişlerse, kanunî şartlar da sağlandığı takdirde ofis kullanıcısının tabela asmaya yetkili olduğu kabul edilmelidir.

Tabela asılması için kanunî şartları sağlamanın yanı sıra bazı idarî yükümlülüklerin yerine getirilmesi de gerekebilir. Daha çok ilân ve reklâm vergisi şeklinde ortaya çıkan bu tür yükümlülükler, ofisin kullanımından doğan gider şeklinde niteleneceği için bunlara ofis kullanıcısının katlanması gerekir.

## B- OFİS KULLANICISININ BORÇLARI

### 1- Kullanım Bedeli Ödeme Borcu

Ofis sözleşmesinde ofis kullanıcısının aslî edim yükümlülüğünü kullanım bedeli ödeme borcu oluşturmaktadır. “Kullanım bedeli” teriminden, ofis kullanıcısının sağladığı her türlü kullanım ile yararlandığı hizmet ve malların hepsi için ödediği bedel anlaşılmalıdır. Ofis kullanım bedeli olarak taraflar genel itibarıyla bir miktar para kararlaştırmaktadırlar. Ancak bunun yerine bir miktar malın verilmesi ya da bir hizmetin görülmesi gibi başka türden bir edimin kararlaştırılması da mümkündür. Kombine edimlerin karşılığı olan edim, genellikle bir tek edimden oluşsa da tarafların bunu birden fazla edim olarak kararlaştırmalarına da bir engel yoktur<sup>62</sup>.

Kural olarak para şeklinde kararlaştırılan tek edim götürü bedel olarak nitelenir. Böylece ofis sağlayıcısı, kararlaştırılan bedel dışında herhangi bir ek ödeme yapılması isteyemez. Bununla birlikte çevre temizlik vergisi gibi ofisin kullanılmasından doğan birtakım idarî yükümlülüklerin

<sup>61</sup> “...Yargıtay uygulamalarında yönetim planı ve kat malikleri kurulu kararıyla konulmuş bir yasaklama bulunmaması halinde işyerini tanıtma ve reklam amacıyla bina cephesine binanın dış görünümünü ve estetiğini bozacak şekilde abartılı boyutlarda olmamak ve ait olduğu bağımsız bölümün dış cephe sınırlarını aşmamak kaydıyla tabela ve reklam panosu asılabileceği kabul edilmektedir. Mahkemece öncelikle tabela asılması konusunda alınmış kat malikleri kurul kararı bulunup bulunmadığı araştırılmalı sonrasında anataşınmaza ait mimari proje dosya içine alınarak hem mimari proje hem yönetim planı varsa konuyla ilgili kat malikleri kurul kararı birlikte değerlendirilerek mahallinde keşif yapılarak davalı tarafça asılan tabelanın ait olduğu bağımsız bölümün dış cephe sınırlarını aşıp aşmadığı konusu da dikkate alınarak uzman bilirkişiden hüküm kurmaya elverişli rapor alınması gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi...”, 20. HD, T. 28.5.2018, E. 2017/2801, K. 2018/3966, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/20-hukuk-dairesi-e-2017-2801-k-2018-3966-t-28-5-2018> (Erişim Tarihi: 24.11.2020).

<sup>62</sup> Eren, *Borçlar Özel*, s. 942. Aksi yönde, Gümüş, *Cilt-I*, s. 7; Yavuz/Acar/Özen, s. 27, Aydoğdu/Kahveci, s. 41.



yerine getirilmesi, bu kuralın dışında değerlendirilir. Taraflar sözleşmenin devamı müddetince başta öngörmedikleri bir edimi sözleşmeye eklerler ve bunun için de ayrı bir bedel kararlaştırırlarsa, bu durum sözleşmede değişiklik yapılması olarak yorumlanır. Böyle bir hâlde ofis kullanıcısı kararlaştırılan ilk bedele ek olarak yeni edimin karşılığını oluşturan bir bedel ödemeyi de borçlanmış olur. Nihayet sözleşme dönemi dolduktan sonra, yeni dönem için kararlaştırılan kullanım bedeli de bu hükmün dışında değerlendirilir.

Ofis sözleşmelerinde kullanım bedelinin uygulamada genel olarak aylık bazda ve kullanım gerçekleşikten sonra ödenmesinin kararlaştırıldığı görülmektedir. Fakat taraflar aksi yönde de anlaşma yapabilirler. Örneğin, bir yıllık kullanım bedeli peşin ödenebilir. Bunun gibi taraflar bedelin kullanımdan önce ancak yine aylık olarak ödenmesini de öngörebilirler.

## 2- Kullanılan Alanı ve Eşyaları Geri Verme Borcu

Ofis sözleşmelerinde, kira sözleşmesinde olduğu gibi, kullanıma konu yer ve eşyaların tamamen kullanana terk edilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Ofis sağlayıcısı ofisten yararlanıyor olmasa dahi, ofis sağlayıcısının sekreter ya da güvenlik görevlisi gibi çalışanları ofis alanında iş görmektedirler. Dolayısıyla da ofis sağlayıcısı adına zilyetlik sürdürmektedirler. Bu sebeple ofis kullanıcısı ile ofis sağlayıcısı arasında birlikte zilyetlik söz konusudur. Hâl böyle olunca ofis kullanıcısının geri verme borcu söz konusu özel duruma göre şekillenmektedir.

Kullanıcı sözleşme bitiminde kullanımına tahsis edilmiş alanın ve eşyaların zilyetliğini ofis sağlayıcısına devretmekle yükümlüdür. Örneğin kendisine tahsis edilmiş bir oda varsa kişisel eşyalarını alarak oda anahtarını ofis sağlayıcısına vermelidir. Yine kendisine bilgisayar ya da kasa gibi şifreleyerek kullanabileceği bazı eşyalar teslim edilmişse, bunları da şifresiz olarak ya da şifrelerini vererek teslim etmelidir. Nihayetinde bütün alan ve eşyalar alındığı hâli ile teslim edilmiş olmalıdır. Eşyaların bazıları kullanım sırasında olağan eskime sayılmayacak biçimde zarar görmüşse, kullanıcı yerlerine yenisini koyarak ya da onları tamir ettirerek geri vermelidir.

Teslim borcunun kapsamına sadece maddî varlığı olan mallar girmez. Telefon hattı ya da web sitesi tahsisi gibi bazı edimler de sözleşmede yer alıyorsa sözleşme bittikten sonra artık ofis kullanıcısı bunlardan yararlanamaz. Ancak sayılan hizmetlerin kontrolü daha çok ofis sağlayıcısının elindedir. Bu sebeple söz konusu yararlanmaların kesilmesi, diğer eşyalardaki geri verme borcunda olduğu kadar sorun teşkil etmez.

Sözleşme kapsamında sağlanan bazı hizmet edimleri için ofis kullanıcısının geri verme borcu söz konusu değildir. Örneğin sekreteryaya, güvenlik veya resepsiyon hizmetlerinin alınması hâlinde durum böyledir. Buna karşılık söz konusu hizmetlerin görülebilmesi için kullanıcıya ait bazı eşyalar ya da hesap şifreleri alınmışsa bu defa ofis sağlayıcısı açısından geri verme borcu doğar.

## 3- Özenle Kullanım ve Komşulara Saygı Gösterme Borcu

Ofis sözleşmelerinde, kullanıcının ofisi bizzat kullanması gerektiğine ve üçüncü kişilere bu yetkiyi veremeyeceğine işaret edilmektedir<sup>63</sup>. Ofis kullanıcısının özenle kullanım borcunun kapsamına, kullanıma konu alanı ve eşyaları bizzat kullanma, bunlardan üçüncü kişileri

<sup>63</sup> [http://www.office-inn.com/satinal/5/\\_YASAL-OFIS.htm](http://www.office-inn.com/satinal/5/_YASAL-OFIS.htm) (Erişim Tarihi: 09.12.2020).

yararlandırmama ve bunların zilyetliğini sağlayan araçları üçüncü kişilere vermeme borcu da girer. Ofis kullanıcısının müşterisi ya da misafiri olarak nitelenebilecek kimselerin sınırlı şekilde ve iş kapsamındaki yararlanmaları, bu borcun ihlali olarak değerlendirilemez. Gelen müşterilere içecek ikram edilmesi, onların bekleme alanında misafir edilmesi bizzat kullanım borcunun ihlali değildir. Ancak örneğin kullanıcının arkadaşının gelip ofiste toplantı yapması bizzat kullanım borcuna aykırılık teşkil eder.

Taraflar uygulamada genellikle sözleşmeye bizzat kullanım borcuna dair hüküm koyduklarından dolayı, kullanıcı kullanım hakkını devredemez<sup>64</sup>. Ancak açık hüküm olmasa da kullanıcının bizzat kullanım borcu altında olduğu kabul edilmelidir. Zira kullanıcı olarak ofise kabul edilen çalışanların ofis sağlayıcısı tarafından seçilmesi ve kullanıcılarının birbirlerini rahatsız etmeyecek şekilde çalışabilmeleri önem taşımaktadır. Bu sebeple ancak ofis sağlayıcısının açıkça kullanım hakkının devrine izin verdiği durumlarda ofis kullanıcısının hakkı devredebildiğini kabul etmek gerekir.

Kullanıcı kullanım esnasında diğer ofis kullanıcılarını rahatsız edecek davranışlardan kaçınmalıdır. Örneğin; yüksek sesle konuşmamalı ve müzik dinlememeli, üçüncü kişilerle olan görüşmelerinde kendisine ait odası yoksa toplantı odasını tercih etmeli ya da diğer kullanıcıların çalışmalarına zarar verecek, onların dikkatlerini dağıtacak hareketlerde bulunmamalıdır<sup>65</sup>. Aksi takdirde kullanıcı verdiği zarar dolayısıyla tazminat ya da sözleşme çekilmez hâl almışsa fesih yaptırımı ile karşı karşıya kalabilir<sup>66</sup>.

#### 4- Ayıpların Giderilmesine ve Ofis Alanının Gezilip Görülmesine Katlanma Borcu

Fiziki alan kullanımı olan ofis sözleşmelerinde, sözleşme süresince giderilmesi gereken ayıplar olabilir. Ofis kullanıcısı, bu ayıpların giderilmesine ve muhtemelen zararların önlenmesine yönelik çalışmalara katlanmakla yükümlüdür (TBK m. 319/I'e kıyasen). Ayıp gideriminin zorunlu olması yeterli olup, acil olması gerekmez<sup>67</sup>.

Ofis kullanıcısının bir diğer yükümlülüğünü de bakım, satış ya da sonraki kira (ofis sözleşmesi açısından kullanım) için, ofis alanının gezilip görülmesine katlanma borcu oluşturur (TBK m. 319/II'ye kıyasen). Bu borcun kira sözleşmesine uygulanmasında Kanun'da sayılan sebepler sınırlı görülmektedir<sup>68</sup>. Aynı sınır ofis sözleşmeleri için de kabul edilmeli, sayılan sebepler dışında ofisin gezilip görülmesi ancak kullanıcı buna rıza gösterdiği takdirde mümkün olmalıdır<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> Bu yönde açık sözleşme hükmü için, <http://www.office-inn.com/satinal/5/ YASAL-OFIS.htm> (Erişim Tarihi: 10.12.2020).

<sup>65</sup> Bu kısıtlamalara işaret edilen sözleşme metni için, <http://www.office-inn.com/satinal/5/ YASAL-OFIS.htm> (Erişim Tarihi: 10.12.2020).

<sup>66</sup> Genellikle ilk olarak kullanıcının ihtar edileceğine, ısrar hâlinde ise sözleşmenin feshedileceğine dair hükümler sözleşmede yer almaktadır, <http://www.office-inn.com/satinal/5/ YASAL-OFIS.htm> (Erişim Tarihi: 10.12.2020).

<sup>67</sup> Eren, *Borçlar Özel*, s. 360; Yavuz/Acar/Özen, s. 450; Gümüş, Cilt-I, s. 285. Zorunluluğun değil, sözleşmenin sona ermesini bekleme durumunun gözetilmesi gerektiği hakkında, İnceoğlu, s. 434.

<sup>68</sup> Yavuz/Acar/Özen, s. 453; Gümüş, Cilt-I, s. 286; Doğu, Hakkı Mert. "Kira Sözleşmesinde Kiralananın Gezilip Görülmesine Katlanma Borcu", *KHASHFD*, Cilt: 8, Sayı: 2, Yıl: Aralık 2020, s. 309-323, s. 314, 315.

<sup>69</sup> Doğu, s. 315; Yavuz/Acar/Özen, s. 453.

## VI- SÖZLEŞMELERİN SONA ERMESİ

Ofis sözleşmelerinin sona ermesinde, sözleşmelerin genel sona erme sebeplerinin yanı sıra, kombine edimli sözleşmede edimlerden birine özgü özel sona erme sebepleri de dikkate alınmalıdır.

### A- GENEL SONA ERME SEBEPLERİ

#### 1- Bozma

Taraflar karşılıklı anlaşmak suretiyle sözleşmeleri sona erdirebilirler. Yapılan sözleşmedeki kombine edimlerden biri şekil şartı gerektiren bir edim olsa bile, bozma sözleşmesi şekil şartına tâbi değildir<sup>70</sup>. Bozma sözleşmesi ekseriyetle tasarruf işlemi içerdiğinden, malvarlığında tasarruf eden tarafın/tarafların tasarruf ehliyetine; işlemde bir borç doğması söz konusuysa da fiil ehliyetine sahip olması/olmaları gerekir.

#### 2- Fesih

Ofis sözleşmelerinin fesih yoluyla sona ermesini, her bir ilişki açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Ofis sağlayıcısı ile ofis kullanıcısı arasındaki sözleşmenin fesih yoluyla sona erdirilmesinde, fesih için ileri sürülen sebebin hangi edimden kaynaklandığına bakılmalıdır. Şayet ofis alanı ve eşyalarının kullanımından doğan bir sebeple fesih ileri sürülüyorsa, konut ve çatılı işyeri kirası hükümleri kıyasen uygulanmalıdır (TBK m. 347 vd.). Bu noktada ofis sözleşmesi belirli süre için yapılmışsa sürenin sonunda kendiliğinden sözleşmenin sona ermediği, belirsiz süreli olarak yapılmışsa da tahliye sebeplerinin sınırlılığı göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak bu ilişkinin fesih sebebi diğer edim tipleri ise o edim tipinin alındığı sözleşme hükümleri kıyasen uygulanır. Örneğin resepsiyon hizmetinin yeterli şekilde ifa edilmemesi sebebiyle fesih hizmet sözleşmesine ait fesih sebepleri göz önünde bulundurulurken uyuşmazlık çözüme kavuşturulur (TBK m. 430 vd.).

Ofis sağlayıcısı ile çalışanı arasındaki sözleşme ise genel olarak hizmet sözleşmesi olduğu için fesih sebebiyle sona erdirmeye TBK m. 431 ve devamı hükümleri dikkate alınmalıdır.

#### 3- Tarafların Ölümü, Ehliyetlerini Kaybetmeleri ya da İflâsları

Ofis sağlayıcısı ile ofis kullanıcısı arasındaki sözleşme açısından, ofis kullanıcısının ölümü doğrudan sözleşmeyi sona erdirmese de onun mirasçıları yasal feshi bildirim süresine uyararak sözleşmeyi sona erdirebilirler (TBK m. 333'e kıyasen). Kullanıcının ehliyetini kaybetmesi vesayet hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir (TMK m. 462). İflâs etmesi durumunda ise TBK m. 332'ye kıyasen ofis sağlayıcısı güvence isteyebilir. Uygun süre içerisinde güvence temin edilmediği takdirde ise sözleşmeyi önemli sebeple sona erdirebilir. Ofis sağlayıcısı öldüğünde de sözleşme sona ermiş olmaz. Çünkü sağlayıcının sözleşmede yüklendiği hiçbir edim şahsen yerine getirmesi gereken bir edim değildir. Ehliyetin kaybı durumunda da vesayet altına alınan kişi adına vasi bu sözleşmeyi yürütebilir. İflâs hâlinde ise kira alacağı üzerinde iflâs masası tasarruf etme yetkisine sahip olur (İİK m. 191).

<sup>70</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 1288; Oğuzman/Öz, *Cilt-1*, s. 531, dipnot 1; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 984; von Tuhr, s. 638.

Ofis sağlayıcısı ile çalışan arasındaki sözleşme açısından çalışanın ölümü sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirir. Çalışan ehliyetini ayırt etme gücünü kaybetmesi dolayısıyla olmuşsa, vasi onun adına borç sözleşmesi yapamayacağı için sözleşme sürdürülemez. Buna karşılık ayırt etme gücüne sahip, ancak hizmet edimini ifa etmesine engel olmayan diğer bir sebeple kısıtlanmışsa ve sözleşme de yararına ise vasinin onayı ile sözleşme devam ettirilebilir. İflâs durumunda ise hizmet edimi devam etse bile alacak üzerinde iflâs masası tasarruf edebilir. Ofis sağlayıcısının ölümü sözleşmeyi doğrudan sona erdirmeyebilir; onun mirasçıları sözleşmeyi devam ettirebilir. Ehliyetini kaybı da vasinin vesayet altındaki kişi adına bu sözleşmeyi devam ettiremeyeceği ile ilgilidir (TMK m. 448 ve sözleşmeyi kira olarak niteleyen görüşe<sup>71</sup> göre TMK m. 462/I-6). Son olarak, ofis sağlayıcısının iflâsı doğrudan sözleşmeyi sona erdirmeyebilir; ancak alacak hakkı üzerindeki tasarruf etme yetkisi iflâs masasına aittir.

#### 4- Dönme

Ofis sözleşmeleri sürekli edimli sözleşmelerdir. Bu sebeple söz konusu sözleşmelerden dönmek ancak edimin ifasına başlanmadığı durumlarda teknik olarak mümkündür. Örneğin, ofis sağlayıcısının ofisi kullanıma hiç açmadığı durumlarda diğer taraf sözleşmeden dönebilir. Bunun için iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrütte seçimlik hakları kullanabilme şartlarının oluşması gerekir (TBK m. 123 vd.). Ancak hem kullandırma edimi hem hizmet edimi sürekli nitelikli edimler olduğundan ve taraflarca geri alınması mümkün olmadığından dönme ileriye etkili sonuç doğurur (TBK m. 126). Böylece ofis sözleşmelerinde edimin ifasına başlandığı durumlarda sözleşme sona erdiriliyorsa, artık dönmeden değil fesihden bahsetmek gerekir.

### B- ÖZEL SONA ERME SEBEPLERİ

İsimsiz sözleşme uyuşmazlıklarında çözüm yöntemlerinden biri, ilgili edimin alındığı sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması olduğu için, sözleşmelerin sona ermesinde aşağıdaki sebepleri de göz önünde bulundurmak gerekir:

#### 1- Ofis Sağlayıcısının İşyeri Gereksinimi Sebebiyle Sözleşmeyi Sona Erdirmesi

Ofis sağlayıcısı kendisinin, eşinin, altsoyunun, üstsoyunun veya kanunen bakmakla yükümlü olduğu diğer kimselerin işyeri ihtiyacı sebebiyle tahliye davası açabilmelidir (TBK m. 350/I'e kıyasen). Fakat ofis sağlayıcısı bu ihtiyacı konusunda samimi olmalıdır<sup>72</sup>. İhtiyaç sebebiyle dava açılacak yakınların kapsamına da sadece kanunda sayılmış kimseler girer. Hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla kira sözleşmesindeki üç yıl süre ile eski kiracı dışında kimseye kiralayamama yasağı, kıyasen burada da uygulanmalıdır (TBK m. 355/I).

#### 2- Sonradan Mülkiyeti Kazanan Ofis Sağlayıcısının Kendi İhtiyacı Sebebiyle Sözleşmeyi Sona Erdirmesi

Ofisin mülkiyetini sonradan edinen sağlayıcı, kendisinin, eşinin, altsoyunun, üstsoyunun veya kanunen bakmakla yükümlü olduğu diğer kişilerin işyeri ihtiyacı için tahliye davası açabilir (TBK m. 351'e kıyasen). Ofis üzerinde intifa hakkına veya kooperatif payına sahip olma ya da paylı mâlik hâline gelme de aynı hakkı verir<sup>73</sup>. Ofis sağlayıcısı bu hakkını, ofisi edinmesinden

<sup>71</sup> Bkz. II, A.

<sup>72</sup> Yavuz/Acar/Özen, s. 684; Gümüş, Cilt-1, s. 350; Aydoğdu/Kahveci, s. 661; Eren, *Borçlar Özel*, s. 416.

<sup>73</sup> Gümüş, Cilt-1, s. 354; Yavuz/Acar/Özen, s. 686; Aydoğdu/Kahveci, s. 669.

itibaren bir ay içinde ofis kullanıcılarına yapacağı bildirimle ve altı ay sonra dava açmak suretiyle kullanılmalıdır (TBK m. 351'e kıyasen).

### 3- Yeniden Yapma ve Onarım Amacıyla Sözleşmeyi Sona Erdirme

Kullandırılan ofisin yeniden yapım ya da onarım ihtiyacı varsa ve bu durum esaslı onarım, genişletme veya değişiklik gerektirdiğinden dolayı kullanıcının bu esnada ofisi kullanımı imkânsızsa, ofis sağlayıcısı bu sebebe dayanarak tahliye davası açabilir (TBK m. 350/II'ye kıyasen). Ufak tefek ya da kullanıcı içinde iken yapılabilecek değişiklikler bu sebeple tahliyeye imkân vermez<sup>74</sup>. Dava önceden bildirimle gerek olmaksızın belirli süreli ise süre sonundan, belirsiz süreli ise feshi dönemlerinin sonundan itibaren bir ay içinde açılmalıdır (TBK m. 350/II'ye kıyasen).

### 4- Ofis Kullanıcısının Tahliye Taahhüdünde Bulunması Sebebiyle Sona Erme

Ofis kullanıcısı, belirli bir tarihte ofisi boşaltacağına dair yazılı olarak taahhütte bulunmuşsa, buna dayanarak ofis sağlayıcısı tahliye davası açabilir ya da icraya başvurabilir (TBK m. 352/I'e kıyasen). Ancak bunun için tahliye taahhüdünün, ofis sözleşmesinden önce ya da onunla aynı tarihte alınmamış olması gerekir<sup>75</sup>. Bu hak taahhütte belirtilen tarihten itibaren bir ay içerisinde kullanılmalıdır (TBK m. 352/I'e kıyasen).

### 5- Kullanım Bedelinin Ödenmemesi Nedeniyle İki Haklı İhtar Yapılması Sebebiyle Sona Erme

Bir yıldan daha kısa süreli sözleşmelerde bu süre içinde, bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde ise –TBK m. 352/II'ye kıyasen- bir kullanım yılı içerisinde, kullanım bedelini ödememesi dolayısıyla kendisine iki haklı ihtar yapılan ofis kullanıcısı dava açılarak tahliye ettirilebilir. İhtarlar haklı olmalıdır; sözleşmeye ya da örf-âdete uygun olarak yapılmış ödemeler için ihtar çekilse bile bu durum tahliye hakkı vermez<sup>76</sup>. Hakkında ihtar yapılan kullanım yılının bittiği tarihten itibaren bir ay içinde dava açılmazsa ya da dava açılacağı bildirilmezse, bu sebebe dayanan sona erdirmeye hakkı ortadan kalkar (TBK m. 352/II'ye kıyasen).

## SONUÇ

Ofis sözleşmeleri, iş hayatında kıt kaynaklarla birden fazla gereksinimi karşılamak amacıyla yapılan sözleşme türüdür. Temel olarak ofis sağlayıcısı-çalışan-ofis kullanıcısı arasında olmak üzere üçlü bir ilişki içerisinde ortaya çıkar. Ofis kullanıcısı bir ofis alanı ve o alanda işiyle ilgili diğer mal ve hizmetleri almak için ofis sağlayıcısı ile sözleşme yapar. Ofis sağlayıcısı da bu hizmetlerin görülmesi için çalışan istihdam eder. Nihayet ofis kullanıcısı ile çalışan arasında doğrudan bir hukukî ilişki olmasa da zincirdeki diğer ilişkiler açısından birbirleri ile iletişimde bulunurlar.

Ofis sözleşmeleri içinde üçlü bir ilişkinin oluşması, ilişki içerisindeki sözleşmelerin hukukî niteliğini belirlemeyi de zorunlu kılmaktadır. Ofis kullanıcısı ile ofis sağlayıcısı arasındaki sözleşmenin, işyeri kira sözleşmesi olduğunu söyleyen bir görüş vardır. Ancak bu sözleşme birden fazla farklı sözleşmenin asli edimlerini barındırdığından ve bunlar da sözleşmenin tipini

<sup>74</sup> Aydoğdu/Kahveci, s.675; Gümüş, Cilt-1, s. 352; Eren, *Borçlar Özel*, s. 421.

<sup>75</sup> Yavuz/Acar/Özen, s. 691; Gümüş, Cilt-1, s. 342; Aydoğdu/Kahveci, s. 682; Eren, *Borçlar Özel*, s. 423.

<sup>76</sup> Gümüş, Cilt-1, s. 344; Yavuz/Acar/Özen, s. 696; Eren, *Borçlar Özel*, s. 425.



etkileyecek önemde olduğundan, kanaatimizce kombine tipli karma sözleşme olduğu da söylenebilir. Çalışan ile ofis sağlayıcısı arasında çoğunlukla hizmet sözleşmesi oluşur. Bu sözleşme açısından kullanıcı da edimden yararlanan üçüncü kişidir.

Hazır ofis, ortak ofis ve sanal ofis olmak üzere sözleşme çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Sanal ofis, fiziken ofis alanı kullanmayı gerektirmediği için diğerlerinden farklıdır. Fakat yine de içinde birden fazla edim tipi barındırmaktadır.

Ofis sözleşmesi uyuşmazlıklarının çözümü, uyuşmazlık yaşanan her bir hukukî ilişkinin niteliği dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Çalışan ile ofis kullanıcısı arasında olduğu gibi eğer taraflar arasında tek bir sözleşme oluşmuşsa ve bu bir isimli sözleşme ise, uyuşmazlık çözümü için kanunun ilgili hükümlerine bakılır. Ancak kullanıcı ile sağlayıcı arasındaki ilişkide olduğu gibi bu ilişki bir isimsiz sözleşme olarak nitelenebiliyorsa bu durumda, uyuşmazlığa sebep olan edim tipine bakılmalıdır. Edim tipinin alındığı sözleşme hükümleri doğrudan ya da kıyasen uygulanarak, bu mümkün değilse örf-âdet dikkate alınarak, yine çözüm bulunamazsa hukuk kuralı oluşturularak uyuşmazlık çözülebilir.

## KAYNAKÇA

- Aksoy Dursun, Sanem. *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2008.
- Akyol, Şener. *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, I. Fasikül, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984.
- Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: V/I, 1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Bell, Terri. “The Virtual Office”, *GPSolo*, Vol. 24, Issue 4 (June 2007), p. 33-35.
- Bozer, Ali/Göle, Celal, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2018.
- Boztepe, Merve. *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Uygulama Alanı*, Yüksek Lisans Tezi, 2019  
<http://earsiv.medeniyet.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/291/10268207.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 22.09.2020).
- Bucher, Eugen. *Obligationenrecht Besonderer Teil*, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1988.
- Canbolat, Tülay/Ergin, Elif. “Hazır Ofislerin İç Mekan Tasarım Yaklaşımları”, *Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 29, Sayı: 1, Yıl: 2020, s. 42-56,  
<http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=8f6d00ab-09bd-4852-8f83-815f31b76e1b%40pdc-v-sessmgr02> (Erişim Tarihi: 15.11.2020).
- Çamur, Ekınsu. *Otel Konaklama Sözleşmeleri*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020,  
<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/72886/625226.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi:01.09.2021).
- Doğu, Hakkı Mert. Kira Sözleşmesinde Kiralananın Gezilip Görülmesine Katlanma Borcu, *KHASHFD*, c. 8, S. 2 (Aralık 2020), s. 309-323.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018, (Eren, *Borçlar Genel*).
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, (Eren, *Borçlar Özel*).
- Erdoğan, İhsan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2019.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)*, Cilt I, 4. Bası, İstanbul 1980, Fakülteler Matbaası, (Feyzioğlu, *Borçlar Özel*).
- Gibson K., William. “Increase Profit by Decrease Costs”, *Law Practice*, Vol. 38, Issue 4 (July/August 2012), p. 56-57.
- Guillermo, Rotman. “Virtual Offices Help Small Firms Play Bigger”, *GPSolo*, Vol. 26, Issue 3 (April/May 2009), p. 37-40.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt-I, II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Hirş, Ernst. *Ticaret Hukuku Dersleri*, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1948.

Huguenin, Claire. *Obligationenrecht Besonderer Teil*, 3. Auflage, Schultess Polygraphischer Verlag AG, Zurich 2008.

<https://officestation.com.tr/?h202> (Erişim Tarihi: 22.09.2020).

<https://www.haziroffis.com.tr/tr/hazir-ofis> (Erişim Tarihi: 22.09.2020).

İnceoğlu, Murat M.. *Kira Hukuku*, Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2014.

Kayar, İsmail. *Ticaret Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Kılıçoğlu, Ahmet M.. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

Kimbrow, Stephanie L.. "Practicing Law Without an Office Address: How The Bona Fide Office Requirement Affects Virtual Law Practice", *University of Dayton Law Review*, Volume 36, Issue 1 (Fall 2010), p. 1-28.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Birinci Cilt, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

Kuntalp, Erden. *Karışık Muhtevalı Akit*, Doçentlik Tezi, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1971.

LooschelderS, Dirk. *Schuldrecht Besonderer Teil*, 8. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2013.

Müller-Chen, Markus/ Huguenin, Claire/ Girsberger, Daniel (Herausgeber), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 2. Auflage, Schultess Polygraphischer Verlag AG, Zurich 2012.

Nomer, Hâluk N.. "Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir mi?", *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan*, Cilt: 8, Yıl: 2013, s. 2053-2074.

Oğuzman, Kemal M./Öz, Turgut M.. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-1, 2, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

Oktay, Saibe. "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 55, Yıl: 1996, s. 236-296.

Öztürk, Eda/Koramaz, Elif Kısar. "İstanbul'daki Paylaşımlı Ofis Alanlarının Sundukları Hizmetler ve Tasarım Özellikleri", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Teknoloji ve Uygulamalı Bilimler Dergisi*, Cilt: 1, No:1, Yıl: 2019, s. 73-86.

Ron, Freidman. "The Future Law Office: Going Virtual", *Law Practice*, Vol. 30, Issue 1 (January/February 2004), p. 30-35.

Seliçi, Özer: *Borçlar Kanununa göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.

Serozan, Rona/Baysal, Başak/Sanlı, Kerem Cem. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, İstanbul 2018.

Şenocak, Zarife. *Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu*, Adalet Matbaacılık, Ankara 1995

Tandoğan, Halûk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt: I/1, I/2, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

Taşatan, Caner. *Sözleşmenin Kurulması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021.

Tekinay, Selâhattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atillâ. *Borçlar Hukuku*, Cilt I, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985.

Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2016.

Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, II. Cilt, 3. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1977.

Turna, Fatma. *ABD Modeli Işığında Türk Vergi Hukukunda Ev Eksenli Çalışma*, Doktora Tezi, İstanbul 2020, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi: 15.11.2020).

Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, Füsün, N. *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2015.

Ülkü, Yunus Emre. “İşyeri Olarak Sanal Ofis ve Vergi Uygulamaları”, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 172, Yıl: 2019, s. 827-844, <https://legal.com.tr/Book/kDuUV-lmhEupNvDsK61WMA/6fff56b488364f8990197b91e338b0fa> (Erişim Tarihi: 15.11.2020).

von Tuhr, Andreas (Çev: Cevat Edege). *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cilt: 1-2, Olgaç Matbaası, Ankara 1983.

von Tuhr, Andreas/ Peter, Hans. *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Erster Band, Dritte Auflage, Schultess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1974

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

Yılmaz, İbrahim Alpay/Pajo, Aykut/Güngör Güzeler, Elçin. “Sanal Ofis ve Sanal Ofiste Kullanılan Bilgi ve İletişim Teknolojileri”, *Electronic Journal of Vocational Colleges, Bürokon Özel Sayısı*, Yıl: 2014, s. 427-428, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/62516> (Erişim Tarihi: 15.11.2020).

Yücer Aktürk, İpek. *İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

## Yargı Kararları Işığında Yıllık Ücretli İzin Hakkı

Hasan KAYIRGAN 

Dr. Öğr. Üyesi, Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı,  
[kayirgan@gantep.edu.tr](mailto:kayirgan@gantep.edu.tr), (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	Öz
<b>Makale Geçmişi</b> <b>Geliş: 06.10.2021</b> <b>Kabul: 08.11.2021</b> <b>Yayın: 16.11.2021</b>	Dinlenme hakkı anayasal bir hak olarak ele alınmış ve ayrıca bu hakka 4857 sayılı İş Kanunu'nda da yer verilmiştir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nda dinlenme hakkı kapsamında günlük çalışma süresi içerisinde ara dinlenme, haftalık çalışma süresi içerisinde hafta tatili düzenlenmiştir. Ayrıca yıllık çalışma içerisinde de dinlenme hakkı bulunduğu dikkate alınarak yıllık izin hakkına yer verilmiştir. Yıllık izin hakkı bilhassa işçinin daha verimli çalışmasını sağlar. Ayrıca iş kazalarının da önlenmesine hizmet eder. Çalışma hayatının dinamik bir niteliğe sahip olması, bu alanın yasalarla yeterince düzenlenememesine sebep olmuştur. Bu nedenle özellikle iş hukuku alanında yargı kararları önemli bir unsur olarak yerini alır. Buna bağlı olarak feshe bağlı alacaklar içerisinde yer alan yıllık ücretli izin hakkının kapsamı da önemli ölçüde yargı kararları ile şekillenmiştir. Yıllık izin alacağına hak kazanma koşullarının yanı sıra birçok konuda yargı kararları belirleyici bir yere sahiptir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 2020 yılında yayınladığı ilke kararlarında, 41 maddenin 3'ünde yıllık izin ile ilgili konulara değinmiştir. Bu kararlarda da önemli değişikliklere yer verilmiştir. Çalışmada yıllık izin hakkı çerçevesinde verilen yargı kararları inceleme konusu yapılacaktır.

### In The Light of Judicial Decisions Right of Annual Paid Leave

Article Info	Abstract
<b>Article History</b> <b>Received: 06.10.2021</b> <b>Accepted: 08.11.2021</b> <b>Published: 16.11.2021</b>	The right to rest is considered a constitutional right and is also included in the Labor Law No. 4857. Within the scope of the right to rest in the Labor Law No. 4857, a break during the daily working period and a week holiday during the weekly working period are regulated. In addition, employees have the right to rest during the annual working period. The right to annual leave, in particular, enables the employees to work more efficiently. It also serves to prevent work accidents. The dynamic nature of working life has caused this area not to be adequately regulated by law. For this reason, judicial decisions have an important place in the field of Labor Law. Accordingly, the right to annual paid leave right, which is one of the consequences of termination of employment contract, has been shaped by mainly judicial decisions. In addition to the conditions for entitlement to annual leave, Judicial decisions have a decisive place in many employment issues. Consequently, the 9th Civil Chamber of the Supreme Court of Appeals also touched upon the three issues related to annual leave in 3 of 41 articles in its policy decisions published in 2020. These decisions also included important changes. In the study, Judicial decisions made within the realm of the right to annual leave will be the subject of examination.

**Atf/Citation:** Kayırgan, H. (2021). "Yargı Kararları Işığında Yıllık Ücretli İzin Hakkı", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), s. 577-596.

**Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)"



## I. GİRİŞ

Dinlenme hakkı anayasal bir hak olarak ele alınmış ve bu doğrultuda 4857 sayılı İş Kanunu'nda da bu hakka yer verilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda da buna yönelik olarak ara dinlenme sürelerine, hafta tatili ile genel tatil günlerinde dinlenme hakkı ve son olarak yıllık ücretli izin hakkı tanınmıştır. Bilindiği üzere ara dinlenme için günlük çalışma süresi, hafta tatili için ise haftalık çalışma süresindeki dinlenme hakkı esas alınmıştır. Yıllık ücretli izin hakkı ise işçinin bir yıllık çalışma süresini tamamlaması hâlinde tanınan bir haktır.

Yıllık ücretli izin hakkı bilhassa işçinin daha verimli çalışmasını sağlar. Ayrıca yıllık izin hakkı tanınarak işçinin dinlenmesi, iş kazalarının da önlenmesine hizmet eder. Çalışma hayatının dinamik bir niteliğe sahip olması, bu alanın yasalarla yeterince düzenlenememesine sebebiyet vermiştir. Bu nedenle özellikle iş hukuku alanında yargı kararları önemli bir unsur olarak yerini alır. Feshe bağlı alacaklar içerisinde yer alan yıllık ücretli izin hakkının kapsamı da önemli ölçüde içtihatlar doğrultusunda şekillenmiştir. Yıllık izin alacağına hak kazanma koşullarının yanı sıra birçok konuda da yargı kararları belirleyici bir yere sahip olmuştur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 2020 yılında yayınladığı ilke kararlarında, 41 maddenin 3'ünde yıllık izin ile ilgili konulara değinmiştir. Bu kararlarda da önemli değişikliklere yer verilmiştir. Yıllık ücretli izin hakkının kapsam itibarıyla bir makaleye sığması imkânsızdır. Bu nedenle de yalnızca yıllık ücretli izin alacağına hak kazanma koşulları ve kapsamı hakkında verilen mahkeme kararları inceleme konusu yapılmıştır.

## II. YILLIK ÜCRETİ İZİN HAKKININ TALEP EDİLEBİLME KOŞULLARI

İşçinin yıllık ücretli izin hakkından yararlanabilmesi için şu koşulların gerçekleşmesi gerekir:

### A. İşçinin Bir Yıldır Çalışıyor Olması

İş Kanunu'nun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilerin işe girdikleri günden başlayarak en az bir yıl çalışmaları hâlinde yıllık ücretli izin hakkından yararlanmaları mümkündür (İşK.53/1). Bu süre, bekleme süresi olarak ifade edilmektedir<sup>1</sup>. İşçinin fiilen işe başladığı tarih, bekleme süresinin başlangıcı olarak kabul edilir<sup>2</sup>.

Görüldüğü üzere yıllık ücretli izin hakkının kazanılabilmesi için, işçinin fiilen bir tam yıl çalışmış olması gerekir<sup>3</sup>. Dolayısıyla bir yıldan az çalışanların bu haktan faydalanması mümkün değildir. Bu kapsamda örneğin 01.01.2015-31.12.2015 tarihleri arasında aralık ayının son günü

<sup>1</sup> Ekonomi, Münir. *İş Hukuku*, Ferdi İş Hukuku, C. I, İstanbul, 1976, s. 276; Tunçomağ, Kenan/Centel Tankut. *İş Hukukunun Esasları*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 180; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan Esra. *Bireysel İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 336; Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 163 (İş Hukuku); Sümer, Haluk Hadi/Kayırgan, Hasan. *İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 330; Akyiğit, Ercan. *Bireysel İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 422; Uşan, Fatih/Erdoğan, Canan. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 214.

<sup>2</sup> Çelik, Nuri/Caniklioğlu Nurşen/Canbolat Talat. *İş Hukuku Dersleri*, 33. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 803; Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş. *İş Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, C. I, LYKEION Yayınları, Ankara, 2020, s. 412; Tunçomağ/Centel, s. 180; Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra. *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 450; Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, Emine Tuncay. *İş Hukuku*, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013, s. 266; Senyen-Kaplan, Emine Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020, s. 410; Urhanoğlu, İftar. *Türk Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 79; Sümer, *İş Hukuku*, s. 163; Uşan/Erdoğan, s. 214.

<sup>3</sup> Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap. *İş Hukuku*, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 2021, s. 178; Tunçomağ/Centel, s. 180.

dahil tam olarak çalışmış bir işçinin kıdeme esas süresi 1 tam yıl olarak kabul edilmelidir<sup>4</sup>. Burada önem arz eden husus; fesih tarihi olarak gösterilen gün işçinin çalışıp çalışmadığıdır<sup>5</sup>. Aynı yorumla 01.01.2015–01.01.2016 tarihleri arasında çalışmış bir işçinin de kıdem süresi 1 yıl 1 gün olarak kabul edilmelidir. Yargıtay'a göre de 01.01.2015 tarihinden itibaren çalışmakta olan bir işçi 01.01.2016 tarihinde de çalışmaya devam ediyorsa 01.01.2016 tarihinden ikinci çalışma yılının ilk günü olarak kabul edilir<sup>6</sup>.

### 1. İş Sözleşmesinin Türünün Bir Önemi Bulunmamaktadır ve Çalışmaların Aralıksız Olması da Zorunlu Değildir

İşçinin yıllık ücretli izin hakkına sahip olabilmesi açısından, iş sözleşmesinin tam veya kısmi süreli ya da belirli süreli veya belirsiz süreli olmasının bir önemi yoktur<sup>7</sup>. Yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli sürenin hesaplanmasında, işçilerin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen çalışma süreleri toplanır<sup>8</sup>. Bir işçinin işverenin başka bir işyerine nakledilmesi hâlinde de tüm hizmet süresi dikkate alınır<sup>9</sup>. İşçinin daha önce işverenin ortağı bulunduğu işyerinde çalışması halinde dahi bu süreler bir bütün olarak kabul edilir<sup>10</sup>. Hatta bir işverenin İş Kanunu kapsamına giren işyerlerinde çalışmakta olan işçilerin, aynı işverenin işyerlerinde İş Kanunu kapsamına girmeksizin geçirmiş buldukları süreler de hesaba katılır (İşK.54/1). Bununla beraber tüm çalışma süresi yıllık izin hesabında dahil olduğundan bu sürenin hesabında deneme süreleri de dahildir (İşK.53/1)<sup>11</sup>.

Aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde yapılacak çalışmaların aralıksız olması zorunlu değildir. Ayrıca yürütülen işlerin farklılık arz etmesi birleştirmeye engel oluşturmaz<sup>12</sup>. Aralıklı çalışmaların birleştirilebilmesi için her birinin yıllık izne hak kazandıracak şekilde sona ermesine gerek yoktur<sup>13</sup>. Bu dönemin kıdem tazminatı ödenerek tasfiye edilmiş olması hâlinde dahi yıllık izin hesabında dikkate alınır<sup>14</sup>. Bununla beraber bir yılın tamamlanmadığı süreler ile yıllık izin

<sup>4</sup> Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 803; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 344; Davacı, işyerine 1.4.1988 tarihinde girmiş bulunduğuna göre, 1992 yılı iznine 1.4.1993 tarihinde hak kazanması gerekir. Oysa davacı bu tarihten önce 25.1.1993 tarihinde işten ayrılmıştır. Bu durumda 1992 yılı izin ücretine hak kazanmadığı için bu isteğin reddine karar vermek gerekir (Y9HD., 28.2.1995, 16572/6007).

<sup>5</sup> Sümer/Kayırgan, s. 140.

<sup>6</sup> Davacının kurum kayıtlarına ve Haziran/2013 bordrosuna göre 20.06.2012-19.06.2013 tarihleri arasında sigortalı gösterildiği, davacının 365 günlük dönemin tamamında hizmet akdiyle çalıştığı, 20.06.2013 gününün 2. çalışma yılının ilk günü olacağı bu nedenle davacının bir yıllık kıdem süresini de doldurduğunun kabulünün gerektiği...(Y9HD., 01.12.2016, E. 2016/35788, K. 2016/21355).

<sup>7</sup> Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 851-852; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 336; Sümer, *İş Hukuku*, s. 164; Ekmekçi/Yiğit, s. 451; Senyen-Kaplan, s. 410-411; Uşan/Erdoğan, s. 214.

<sup>8</sup> Süzek, s. 849; Çil, Şahin. *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 193 (Yargıtay Uygulamaları); Çil, Şahin. *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları*, 8. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 1343 (İlke Kararları); Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 803-804; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 414; Sümer, *İş Hukuku*, s. 164; Ekmekçi/Yiğit, s. 450; Sümer/Kayırgan, s. 330.

<sup>9</sup> Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukuku*, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 707-708; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 337.

<sup>10</sup> Tunçomağ/Centel, s. 180.

<sup>11</sup> Y9HD., 21.11.1989, 10143/10077; Ekmekçi/Yiğit, s. 450; Uşan/Erdoğan, s. 214.

<sup>12</sup> Ekonomi, s. 278; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 337; Akyiğit, s. 424; Uşan/Erdoğan, s. 215.

<sup>13</sup> Güven, Ercan/Aydın, Ufuk. *Bireysel İş Hukuku*, 6. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir-İstanbul, 2020, s. 465; Sümer/Kayırgan, s. 331; Akyiğit, s. 424.

<sup>14</sup> Süzek, s. 850; Çil, *Yargıtay Uygulamaları*, s. 193.

hakkının kullandırıldığı aralıklı çalışmalar da yıllık izin hesabında bir bütün olarak kabul edilir<sup>15</sup>. Yargıtay'a göre de önceki çalışılan sürede bir yılı doldurmadığı için izne hak kazanılmayan süreler, işçinin aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerindeki sonraki çalışmalarına eklenerek yıllık izin hakkı belirlenmelidir<sup>16</sup>. Aynı şekilde Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi de kesintili olarak gerçekleşen çalışmalarının toplamı üzerinden yıllık izin alacağı belirlenmesi gerektiğine vurgu yapmıştır<sup>17</sup>.

İşçinin önceki çalışma süresinin işçinin emekliliği nedeniyle sona ermesi ve işçinin daha sonra tekrar aynı işyerinde çalışmaya başlaması hâlinde, yıllık izne hak kazanma açısından önceki ve sonraki çalışma süreleri toplanır. Yargıtay son dönemde verdiği kararlarda işçinin emekli olmasının ve kendisine kıdem tazminatı ödenmesinin yıllık izin yönünden sürelerin birleştirilmesine engel olmayacağını hüküm altına almıştır<sup>18</sup>.

Aralıklı çalışma hâlinde, çalışılan sürelerin toplanabilmesi için, işçinin daha önceki iş sözleşmelerinin İş Kanunu m. 25/II gereğince ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle sona ermiş bulunmasının bir önemi yoktur<sup>19</sup>. Başka bir deyişle kıdem tazminatında olduğu üzere aralıklı sürelerin birleştirilmesi için her çalışmanın kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermesi aranmaz. İşçinin aynı işveren yanında iki ayrı çalışmasının arasında uzunca bir zaman geçmiş olması nedeniyle önceki çalıştığı sürenin zamanaşımına uğradığı ileri sürülemez. Ayrıca aralıklı çalışmada yıllık izin hesabında, önceki çalışma döneminin zamanaşımına uğraması için önceki dönemin bitişi ve sonraki çalışma döneminin başlangıcı arasında beş yıllık zamanaşımı süresinin geçmesi gerekir<sup>20</sup>.

İşçiye ücretsiz izin verilmesi iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğurur. Yargıtay'a göre, ücretsiz izinde geçen süreler hizmet süresine dâhil edilemez<sup>21</sup>. Aynı şekilde işçinin istirahatli iken geçirdiği sürelerin yalnızca bir defada bildirim sürelerini altı haftaya kadar olan kısmı kıdem hesabında dikkate alınır<sup>22</sup>. Örneğin dört yıl kıdemi bulunan ve altı ay istirahat

<sup>15</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 337; Y22HD., 03.02.2020, E. 2017/27244, K. 2020/1374.

<sup>16</sup> Y9HD., 12.11.2020, E. 2016/31297, K. 2020/15996.

<sup>17</sup> Ankara BAM., 7. HD., 06.02.2018, E. 2017/2230, K. 2018/154; Sümer/Kayırgan, s. 333.

<sup>18</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 337; Somut dosyada, davacının 15.11.2003-10.08.2012 ve 11.09.2012- 14.11.2014 tarihleri arasında iki dönem çalışması bulunmaktadır. Yıllık izin alacağı bakımından davacının her iki çalışma dönemi birleştirilmeli ve son çıplak ücret üzerinden izin alacağı hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır. İzin alacağı yönünden her iki dönemin ayrı ayrı değerlendirilmesi ve bu yöntemle yapılan hesaplama itibar edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir (Y9HD., 12.11.2020, E. 2016/31297, K. 2020/15996); önceki dönem için yıllık izin ödemesi yapılmasının da yıllık izin bakımından tasfiye anlamına geleceğine yönelik ayrıca bkz.: Çil, İlke Kararları, s. 1343.

<sup>19</sup> Ekonomi, s. 278; Sümer/Kayırgan, s. 337.

<sup>20</sup> Y9HD., 21.12.2020, E. 2016/22429, K. 2020/19396; ..davacı, davalı iş yerinde iki dönem halinde çalışmış olup aralıklı çalışmalarda önceki dönem zaman aşımına uğramaz. Bu sebeple davacının her iki çalışma süresinin toplamı üzerinden yıllık izin ücreti hesaplanarak hüküm altına alınması gerekirken yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır (Y22HD., 26.12.2019, E. 2019/8754, K. 2019/24584).

<sup>21</sup> Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 807; Ekmekçi/Yiğit, s. 456; Sümer/Kayırgan, s. 149; ...davacının işe başlama tarihinin 08.09.2007 olarak tespit edilmesine rağmen hizmet süresinin hesabında 05.09.2007-02.09.2007 tarihlerinin esas alınması hatalıdır. Ayrıca dosyada mevcut ücretsiz izin talep formları incelendiğinde davacının ücretsiz izin kullandığı anlaşıldığından yapılacak hizmet süresi hesabında ilgili belgelerin dikkate alınmamış olması hatalıdır (Y9HD., 14.09.2020, E. 2016/22995, K. 2020/7474).

<sup>22</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 413; Mahkemece davacının kıdem süresinin tespiti için dinlenen tanık beyanları ile davacı asilin beyanı dikkate alınarak davacının 01.01.2011-10.09.2013 tarihleri arasında çalışma yaptığı, ancak Yargıtay kararları ve fesih nedeni de gözetilerek kıdem tazminatına esasına dayanak hizmet süresinin 01/01/2011-04/12/2014 tarihleri arasında 3 yıl 11 ay 3 gün olduğu belirlenmiştir. Davalının dosya içerisine sunmuş olduğu belgelerden davacının 11.09.2013 ile 06.08.2010 tarihleri arasında raporlu olduğu, 07.08.2014 ile 30.11.2014 arasında ücretsiz izinli olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece davacının

raporu alan bir işçinin yıllık izne esas kıdemine doksan sekiz gün (sekiz hafta bildirim süresi + altı hafta) dikkate alınırken geri kalan süre kıdeme dahil edilmez.

İşyerinin değişik nedenlerle el değiştirmesi veya başkasına geçmesi hâlinde, bu işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izin haklarında bir değişiklik olmaz<sup>23</sup>. Bir diğer ifade ile işverenin şahsındaki değişiklikler de işçilerin yıllık ücretli izin haklarını etkilemez<sup>24</sup>. Bu durumda yıllık ücretli izin ücretlerinden, aksine bir sözleşme olsa bile, yeni işveren sorumludur<sup>25</sup>.

İş Kanunu, birtakım süreleri çalışılmış gibi kabul etmek suretiyle, söz konusu sürelerin, bir yıllık süreye (bekleme süresine) dâhil olduğunu hükme bağlamıştır ((İşK.55). İş Kanunu m. 55'te çalışmakta olduğu işyerinde zorlayıcı nedenler yüzünden işin aralıksız bir haftadan fazla tatil edilmesi sonucu olarak işçinin çalışmadan geçirdiği zamanın on beş günü (işçinin yeniden işe başlaması şartıyla) yıllık izin bakımından çalışılmış sayılmaktadır<sup>26</sup>. Bu hüküm doğrultusunda, zorlayıcı nedenle işin yerine getirilememesi hâlinde, işçi bu nedene dayanarak iş sözleşmesini feshetmeyip zorlayıcı neden sona erdikten sonra işe devam etmişse bu sürelerin en fazla on beş günü yıllık izin için kıdeme dahil edilecektir<sup>27</sup>. Diğer bir deyişle 3 yıl 11 ay 20 gün kıdemi bulunan bir işçi deprem nedeniyle işe devam edememesi nedeniyle iş sözleşmesini derhal feshederse kıdemi 3 yıl 11 ay 20 gün olarak dikkate alınır. Ancak deprem nedeniyle zarar gören işyerinin onarılmasını beklemiş ve tekrar işe devam etmişse zorlayıcı nedenle işe devam edilemeyen süreler için en fazla on beş gün yıllık izne esas kıdem için nazara alınır<sup>28</sup>. Açıklananlar ışığında, zorlayıcı nedenlerle çalışılmayan günlerin ise sadece on beş günlük kısmı bekleme süresinin hesabında dikkate alınacağı belirtilmelidir. Bu hüküm uyarınca tekrar çalışmaya başlamak koşuluyla korona virüs nedeniyle işe gidilemeyen sürelerden on beş günlük kısım izin hesabında çalışılmış gibi kabul edilecektir<sup>29</sup>. Sokağa çıkma yasaklarında geçen sürelerin her biri on beş günden az olduğundan her biri hizmet süresine dahil edilmelidir<sup>30</sup>. Yukarıda da bahsedildiği üzere aralıklı olarak çalışılan bir yılın altındaki sürelerin yıllık izin hesabında dikkate alınacağı gibi aynı şekilde mevsimlik işçi olarak çalışmakta iken daimi kadroya geçirilen işçilerin yıllık izin hakları belirlenirken mevsimlik işçi olarak geçirilen bu süreler de nazara alınmalıdır<sup>31</sup>. Buna karşılık, grev ve lokavtta geçen süre<sup>32</sup> ile Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere, toplu iş sözleşmesi ile

10.09.2013 tarihine kadar çalıştığı kabul edilmiş ise de davacının hizmet süresinin ihbar süresine 6 hafta eklenmek sureti ile hesaplanması durumunda davacının hizmet süresinin 04.12.2013 tarihine kadar 2 yıl 11 ay 3 gün hesaplanması gerekmekte....(Y9HD., 14.09.2020, E. 2016/21754, K. 2020/7636).

<sup>23</sup> Ekonomi, s. 279.

<sup>24</sup> Narmanlıoğlu, s. 707.

<sup>25</sup> Y9HD., 22.01.2020, E. 2016/27932, K. 2020/1074.

<sup>26</sup> Başbuğ/Yücel Bodur, s. 178.

<sup>27</sup> Y9HD., 01.12.2014, E. 2014/33984, K. 2014/36444.

<sup>28</sup> Çil, *İlke Kararları*, s.1350.

<sup>29</sup> Sümer/Kayırgan, s. 335.

<sup>30</sup> Kayırgan, Hasan. *Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler*, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 178 vd.; Sokağa çıkma yasakları içerisinde işverenin yönetim hakkına dayanarak bu günleri yıllık izinden sayıp sayamayacağına ilişkin olarak ayrıca bkz.: Çil, Şahin. *Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 187 (Koronavirüs).

<sup>31</sup> Güven/Aydın, s. 467; *Somut uyumsuzlukta ise davacının sulama işçisi olarak mevsimlik işçi statüsünde çalıştığı 15.01.2008 yılında sürekli işçi kadrosuna geçirildiği bu tarih ve sonrasına ilişkin olarak mevsimlik işçilikte geçen kıdemi de gözönünde bulundurularak yıllık izin ücreti alacağı hesaplanması gerekir* (Y9HD., 10.11.2020, E. 2017/18816, K. 2020/15494).

<sup>32</sup> Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 808; Ancak davacının işyerindeki, grev nedeni ile 2007 yılında 44 gün grevde olduğu ve SSK kaydının da bu yıl 317 gün prim günü yatırıldığı anlaşılmaktadır. 44 gün grevde geçen ve kıdemden sayılmayan sürenin izne hak kazanma yönünden çalışılmış gibi sayılma olanağı yoktur. Bu süre çıkarıldığında davacı 20 yılı yerine 19 yıl karşılığı izne hak

kararlaştırılmış olsa dahi, ücreti peşin ödenen fesih bildirim süresi yıllık ücretli iznin hesabında çalışılmış gibi sayılmaz<sup>33</sup>.

## 2. Yapılan İşin ve İşyerinin Niteliğinin Yıllık Ücretli İzne Elverişli Olması

İşçinin yıllık ücretli izin hakkından yararlanabilmesi için öncelikle işyerinin İş Kanunu kapsamı içerisinde olması gerekir<sup>34</sup>. Niteliklerinden ötürü bir yıldan daha az süren kampanya işlerinde çalışanların yıllık ücretli izin hakları yoktur (İşK.53/3). Ayrıca süreksiz işlerde çalışan işçiler yıllık ücretli izin hakkından yararlanamazlar (İşK.10)<sup>35</sup>. Yargıtay mevsimlik işlerde çalışma hâlinde yıllık izin hakkının bulunmadığına hükmetmekle birlikte yılın neredeyse tamamında –on bir ay ve üzerinde- çalışılması hâlinde yıllık izin hakkının bulunduğunu kabul etmektedir<sup>36</sup>. Çalışmanın sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte çalışmanın yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işler mevsimlik iş olarak tanımlanabilir<sup>37</sup>. Bu kapsamda her aralıklı çalışmanın da mevsimlik iş olarak kabul edilemeyeceği bilinmelidir<sup>38</sup>. Yapılan işin niteliği gereği sadece belirli bir döneme özgü olarak mı yapıldığı yoksa tarafların iradesi ile mi söz konusu çalışmanın belirli döneme özgü olduğu önem arz etmektedir.

kazanır. Davacının hesaplanan izin alacağı bir yıl karşılığıdır. Davacı işçi hesaplandığı gibi 540 gün değil, 512 gün izne hak kazanmıştır. 499 gün izin kullanmış, 13 gün için ise izin ücreti ödenmiştir. Davacının kullanmadığı ya da parasal karşılığı ödenmeyen izni bulunmamaktadır. Davanın reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır (Y9HD., 05.07.2013, E. 2011/12102, K. 2013/20593).

<sup>33</sup> Somut olayda ihbar tazminatı peşin ödenmek suretiyle hizmet akdi feshedildiğinden çalışılmayan ve anılan maddeye göre çalışılmış gibi sayılmayan ihbar önelinin yıllık ücretli izin hakkının tespitinde dikkate alınması olanağı bulunmamaktadır. Böyle olunca davacının yıllık izin ücreti ve toplu iş sözleşmesinde yıllık izne çıkarken ödenmesi kararlaştırılan başarı priminin reddedilmesi gerekirken anılan isteklerin hüküm altına alınmış bulunması hatalıdır (Y9HD., 30.1.2001, 16942/1519).

<sup>34</sup> Sümer/Kayırgan, s. 335; Urhanoglu, s. 76 vd.

<sup>35</sup> Davacının tüm süresinin yıllık ücretli izin ücretinde değerlendirilmesi için, aralıklı ve yılın belirli bölümlerinde yaptığı işin, mevsimlik iş olmadığı saptanması gerekir. Bu nedenle davacının anılan dönemlerdeki çalışması ile ilgili araştırma yapılarak, yaptığı işin mevsime bağlı olup olmadığı belirlenmelidir. Yaptığı iş yılın her döneminde yapılmakta ve mevsime bağlı bir iş değilse, aralıklı çalışma kabul edilmelidir. Aksi halde ise bu dönemler mevsimlik işte çalışma olacağından ve yıllık ücretli izin hesabında dikkate alınmayacağından, bu süreler dışında kalan çalışması ile ilgili kullanılmayan yıllık ücretli izinleri karşılığı ücret alacağı hüküm altına alınmalıdır (Y9HD., 14.4.2008, 11496/8311).

<sup>36</sup> Yıldız, Gaye Burcu. “Mevsimlik İş Sözleşmesi”, Legal İSGHD., C. 7, S. 25, 2010, s. 46, Ekmekçi/Yiğit, s. 458; Çil, Yargıtay Uygulamaları, s. 194; Çil, İlke Kararları, s. 1345; 4857 sayılı İş Kanununun 53. maddesinde mevsimlik işlerde yıllık izin hakkının doğmayacağı belirtilmiş ise de, yılın ne kadar bölümünde çalışılma halinde işin mevsimlik sayılacağı yönünde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda yılın tamamına yakın bir bölümünde çalışılması halinde işçiye dinlenme hakkının tanınması gerekmektedir. Somut olayda davacı işçi 1999 yılında (342 gün) yılın neredeyse tamamına yakın bir süre çalıştığında ilgili dönem yönünden yıllık izin ücret alacağına hak kazandığı yönündeki mahkeme kabulünde isabetsizlik yoktur. Bilirkişinin de tespit ettiği üzere otel olan davalı işyerinde davacı mevsimlik işçi olarak çalışmış sezon bitiminde iş akdi askıya alınmış, yeni sezonda yeniden başlatılmıştır. Davacının hizmet döküm cetveli incelendiğinde yıl içinde 11 ayı aşan çalışması da mevcut değildir. Bu durumda davacının mevsimlik işçi olduğu kabul edilerek şartları bulunmayan ücretli izin alacağının reddi gerekir (Y9HD., 11.11.2020, E. 2017/18983, K. 2020/15759).

<sup>37</sup> Bodur Yücel, Mehtap. “Mevsimlik İş Sözleşmesi ile Çalışanların Yıllık Ücretli İzin Hakları”, *İş ve Hayat Dergisi*, C. I, S. 1, 2015, s. 132-133; Çelik/Caniklioglu/Canbolat, s. 805-806; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 415; Narmanlıoğlu, s. 709; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 341; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s. 266; Urhanoglu, s. 137; Sümer/Kayırgan, s. 336; Yıldız, s. 43.

<sup>38</sup> Çil, Yargıtay Uygulamaları, s. 194-195; Davacının okulda en son yemekhanede ve temizlikçi olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. İş Kanun'un 7. maddesi anlamında mevsimlik iş değildir. Davacının çalışması aralıklı olduğu halde mevsimlik çalışma gibi değerlendirilerek yıllık ücretli izin alacağının reddi hatalıdır. Davacının kabul edilen tüm hizmet süresine göre 4857 sayılı İş Kanun'un yıllık ücretli izne yönelik maddelerine göre değerlendirilip izin süresi belirlenip kullanılmayan izinlerin ücretinin hüküm altına alınması gerekir (Y9HD., 05.10.2020, 2017/16775, K. 2020/10592).



İşçinin iş sözleşmesinin sona ermesi hâlinde kullanmadığı yıllık izinler karşılığı olarak ücretini isteyebilmesi için sözleşmenin nasıl ve kim tarafından sona erdirildiğinin önemi yoktur<sup>39</sup>. Bu nedenle iş sözleşmesi ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışı nedeniyle feshedilen veya iş sözleşmesini usulsüz fesheden işçi de izin ücreti talep edebilir. Yıllık ücretli izin hakkı işçinin hizmet akdinin haklı veya haksız olarak son verilmesine bağlı olmayan haklardandır. Bu nedenle fesih hâlinde hak edilen ancak kullanılmayan izin ya da izinlere ait ücretin işçiye ödenmesi yasa gereğidir<sup>40</sup>.

İş sözleşmesinin, belirli sürenin bitimiyle, tarafların anlaşmasıyla, geçersizlik veya işçinin ölümü nedeniyle sona ermesi sonucu değiştirmeyecek, işçi veya ölümü hâlinde hak sahipleri, ücretli izinden yararlandırılmayan sürelerle ilişkin ücreti talep edebileceklerdir.

### III. Yıllık Ücretli İzin Alacağında İspat Yükü

İşçinin yıllık iznini kullanıp kullanmadığı konusunda çıkan uyuşmazlıkta, işçinin yıllık iznini kullandığını işveren ispatlamakla yükümlüdür<sup>41</sup>. Yargıtay'a göre, izin süresi için gerekli kayıt ve defterleri tanzim etmek işverenin görevidir<sup>42</sup>. Bu bakımdan izinlerin kullandırıldığına ispat yükü işverenin üzerindedir. İşverenin işçiye yıllık ücretli izin verildiğini, izin defteri veya yazılı belge niteliğindeki eşdeğer belgeler ile ispatlaması gerekir<sup>43</sup>. İzin kullandırıldığına tanık beyanları ile ispatlanması ise mümkün değildir<sup>44</sup>. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'ne göre Ramazan ayında çalışılmaması hukuken yıllık izin kullanıldığı anlamına da gelmez<sup>45</sup>. Aynı şekilde işverenin işçinin hangi tarihte yıllık izin kullandığını da açık bir şekilde ispatlaması gerekir. Bunun yanında, yıllık izin defterinde hangi tarihte izin kullanıldığına yönelik bir bilgi bulunmaması hâlinde imza yeterli olmaz<sup>46</sup>. Ancak bu belgenin mutlaka belirli bir formatta olması şart olmadığı belirtilmelidir<sup>47</sup>.

#### A. Yıllık İzin Formları

İş Kanunu'nun 56. maddesinin son fıkrasında “İşveren, işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izinlerini gösterir izin kayıt belgesi tutmak zorundadır” ifadesinin yer aldığı görülmektedir.

<sup>39</sup> Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 816; Narmanlıoğlu, s. 719.

<sup>40</sup> Y9HD., 3.4.1997, 718/6629.

<sup>41</sup> Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, s. 272; Urhanoglu, s. 258.

<sup>42</sup> *Yıllık iznin kullandırıldığını ya da ücretinin ödendiğini ispat yükü işverendedir. Davalı, davacının bilgisayar sistemi üzerinden sisteme girip kullandığı izin bilgilerini sildiğini, savunmasında da ikrar ettiğini ileri sürmüştür. Davacının 29.04.2014 tarihli savunması incelendiğinde, isnad edilen eylemi kabul ettiğine dair beyanı olmadığı görülmektedir. Kaldı ki iznin kullanıldığının ispatı işçi imzasını içeren yıllık izin defteri gibi yazılı delille işverence ispatlanması gerektiğinden, işverence sunulan izin formları incelenerek kullanıldığı ispatlanan izin miktarının düşülüp bakiye izin ücret alacağına hükmedilmesinde de isabetsizlik yoktur (Ankara BAM., 7.HD., 16.01.2018 E. 2017/2068, K. 2018/26); (Sümer/Kayırgan, s. 338).*

<sup>43</sup> Güven/Aydın, s. 476; Akyiğit, s. 433.

<sup>44</sup> Sümer/Kayırgan, s. 338; Güven/Aydın, s. 476.

<sup>45</sup> *İspat yükümlülüğü davalı işverenlikte olan yıllık izinlerin kullanıma ilişkin dosyada mevcut yazılı belgelerden davacının 53 gün yıllık izin kullandığı sabittir. Ramazan ayında çalışılmaması hukuken yıllık iznin kullanıldığı anlamı taşımamakla bilirkişinin yıllık izin ücret alacağı hesaplamasında da usul ve yasaya aykırılık yoktur (Ankara BAM., 7. HD., 17.05.2017, E. 2017/772, K. 2017/1136); (Sümer/Kayırgan, s. 338).*

<sup>46</sup> *Davacının kıdemine göre 170 gün yıllık izin hakkı vardır. Davalı delili yıllık izin defteri fotokopisinde davacı adına atfen imzalar olsa da hangi tarihte ne kadar izin kullanıldığına dair başkaca hiç bir ibare yoktur. İzin kullanıldığı veya karşılığının ödendiği davalı tarafından kesin delille ispat edilemediğinden son çıplak ücret üzerinden hesaplanarak karşılığı ücrete hükmedilmesinde isabetsizlik yoktur (Ankara BAM., 7.HD., 17.05.2017, E. 2017/793, K. 2017/1132); (Sümer/Kayırgan, s. 338).*

<sup>47</sup> Ekmekçi/Yiğit, s. 473.

Buna göre, işverenin kural olarak kullanılan yıllık izinleri, yıllık izin defterine kaydetmesi gerekir. Ancak buna yönelik olarak ayrıca yıllık izin formları ile de yıllık izinlerin kullandırıldığı ispat edilebilir<sup>48</sup>. Yıllık izin formunda işçinin hangi tarihler arasında izin kullandığı da açık bir şekilde ifade edilmelidir. Bu sayede borcu ortadan kaldıracı özelliğe sahip olmaktadır. Ayrıca Yargıtay'a göre yıllık izin formunda kalan hakkını ifade eden gün sayısı şeklinde bir ibarenin bulunması hâlinde daha önceki izinlerin kullandırıldığı kabul edilmelidir<sup>49</sup>.

## B. Yıllık İzin Talep Dilekçeleri

Yıllık izin talep dilekçesi mahiyeti itibariyle yıllık izin kullandırılmasına yönelik olarak işçinin işverene sunduğu bir dilekçe olduğundan talep dilekçesi işçinin imzasını içerse de tek başına iznin kullandırıldığını ispata yeterli görülmemektedir<sup>50</sup>. Yargıtay'a göre salt yıllık izin talep dilekçesinin bulunması işçinin yıllık izin hakkını kullandığı anlamına gelmez. Yıllık izin talep dilekçesinin işçiye sorularak bu süre içerisinde izin kullanıp kullanmadığı belirlenmelidir<sup>51</sup>.

## C. Puantaj Kayıtları veya Nöbet Çizelgesinde Yer Alan Kayıtlar

Yargıtay'a göre nöbet çizelgesi gibi kayıtlarda izin kullandırıldığına ilişkin bir kayıt mevcut ise bu kayıtlar da işçiye gösterilmeli ve açıklamasına göre işlem yapılmalıdır. Buradaki hareket noktası yıllık izin talep formunun bulunmamasına rağmen imza föyü veya nöbet çizelgesinde işçinin bu tarihte izinli olduğuna ilişkin bir kaydın mevcudiyetidir. Buna göre, imza föyü/nöbet çizelgesinde yıllık izin olarak kaydedilmesine rağmen yıllık izin talep formu olmayan dönemler, işçiye gösterilmeli ve işçinin açıklamasına göre yapılacak araştırma ve incelemeye göre nöbet çizelgesi/imza föyünde yıllık izin kullanımı olarak görünen günlerin yıllık izin olarak kullanılıp kullanılmadığı bakımından irdelenerek sonuca gidilmelidir<sup>52</sup>.

## D. Bordrolardaki Kayıtlar

Bordrolarda izin ödemesi yapılması ve bordronun imzalı olması hâlinde izin kullandırıldığı varsayılmaktadır<sup>53</sup>. Ayrıca imza bulunmayan bordrolarda yer alan izin ödemelerinin banka kanalıyla yapıldığı tespit edildiğinde bu ödemeler de geçerli kabul edilmektedir. Yargıtay burada da imzalı ücret bordrosunu özellikle yazılı delil olarak görmektedir. Bu bağlamda imzalı ücret

<sup>48</sup> Sümer/Kayırgan, s. 339; Davacının talep ettiği yıllık ücretli izin alacağı hesabı bakımından dava dilekçesinde kullandığını açıkladığı izin sürelerinin dikkate alınmasına karşın dosyaya sunulan "Yıllık İzin Takip Kartı" ve "Senelik İzin Formu" başlıklı belgelerdeki davacının kullanmış olduğu ücretli izinleri gösteren belgelerin değerlendirilmemesi de hatalıdır. Söz konusu belgelerin borcu ortadan kaldıracı özelliği de dikkate alınarak yıllık ücretli izin alacağı talebi bakımından dava dilekçesindeki açıklamalarla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir (Y9HD., 12.11.2020, E. 2017/17049, K. 2020/15981).

<sup>49</sup> Dosyaya, davacının yıllık izin kullanmayı talep ettiğine dair "yıllık izin formu" başlıklı bir kısım belgeler sunulmuştur. ...bahsi geçen belgelerde yazılı yıllık izin sürelerinin kullandırılıp kullandırılmadığı hususunda beyanının sorulması gereklidir. Mahkemece bu yönde bir işlem yapılmadan söz konusu yıllık izin talep formu mahiyetindeki belgelerin dikkate alınmaması hatalıdır. Ayrıca, işverence dosyaya sunulan, ocak 2009 tarihli davacı işçi imzalı belgede, 31/12/2008 tarihinden 2009 yılına devreden işçinin yıllık izninin ondört gün olduğu belirtilmiştir. Mahkemece, bu belgenin dikkate alınmaması da hatalıdır (Y22HD., 02.10.2018, E. 2018/13282, K. 2018/20832).

<sup>50</sup> Söz konusu izin belgesi, "Yıllık İzin Talep Dilekçesi" başlığı altında matbu olarak tanzim edilmiş olup, davacının 03.10.2011 ilâ 31.10.2011 tarihleri arasında ücretli izin kullanma talebini ihtiva etmektedir. Bu belge üzerinde davalı işverenin bir onayı da bulunmamaktadır. Davacının imza inkârı bulunmamakla birlikte bu belge tek başına iznin kullandırıldığını ispat için yeterli değildir. Mahkemece yapılacak iş, davacı asıldan bu izin belgesinde belirtilen tarih aralığında iznini kullanıp kullanmadığının sorulması ve sonucuna göre izin alacağının belirlenmesinden ibarettir (Y9HD., 06.10.2020, E. 2020/2101, K. 2020/10614).

<sup>51</sup> Sümer/Kayırgan, s. 340-341.

<sup>52</sup> Y9HD., 08.11.2018, E. 2018/8931, K. 2018/20031.

<sup>53</sup> Urhanoğlu, s. 260-261.

bordrosunda izin kullandırıldığına yönelik kayda ihtirazi kayıt koymadan imzalayan işçinin izin kullandığı nazara alınarak değerlendirme yapılmaktadır<sup>54</sup>.

### **E. Yıllık Ücretli İzin Hakkının Kullandırılması Yerine İş Sözleşmesi Devam Ederken İzin Yerine Yapılan Ücret Ödemeleri**

Kural olarak yıllık ücretli iznin, izin yılı içinde kullanılması gerekir. Ancak işçiye ve işyerine ait nedenler yüzünden, yıllık ücretli iznin, izin yılı içerisinde kullanılmamış olması, bu hakkın ortadan kalkmasına neden olmaz. İşçi bu durumda yıllık izin hakkını bir sonraki yıl içerisinde kullanabilir. Hemen belirtmek gerekir ki, işçinin yıllık izin hakkını, izin yılı içerisinde kullanamamasını gerektirecek haklı nedenler bulunmadan, işçi veya işveren tarafından yıllık izin sürelerinin biriktirilmesi veya gelecek izin yıllarındakilerle birleştirilmesi mümkün değildir. Bunun gibi, işçi, yıllık izin hakkından vazgeçmek suretiyle bunun yerine para talep edemez<sup>55</sup>. Diğer bir deyişle iznin satılması ya da paraya tahvil edilmesi hukuken kabul edilemez<sup>56</sup>.

Yıllık izin hakkı anayasal temeli olan bir dinlenme hakkıdır, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında ücrete dönüşmez ve bu haktan vazgeçilemez. İşçinin iş sözleşmesinin devamı süresinde kullanmadığı yıllık izinlere ait ücreti istemesi mümkün değildir<sup>57</sup>. Ancak işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında izin hakkının bulunduğu tespitini istemesinde hukuki menfaati vardır<sup>58</sup>.

İş sözleşmesi devam ederken izin yerine ödenen tutarların fesih tarihindeki son ücret üzerinden hesaplanan yıllık izin alacağından mahsup edilmesi gerekir. Yargıtay'ın son kararlarında iş sözleşmesi devam ederken yapılan ödemeler avans niteliğinde görülmeyle ödeme tarihinden itibaren yasal faiziyle mahsup yoluna gidilmektedir<sup>59</sup>. Yargıtay'a göre o dönemde hak kazanılan izin haklarına mahsup edilmesi de bozma nedeni sayılmalıdır<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> Yıllık izin ücreti hesaplanırken 2011 yılı temmuz ayı imzalı ücret bordrosunda yazılı 14 günlük yıllık izin tahakkukunun yıllık izin ücreti alacağından mahsubu gerekir (Y9HD., 25.09.2019, E. 2016/6276, K. 2019/16730).

<sup>55</sup> Urhanoglu, s. 177-178.

<sup>56</sup> Ekonomi, s. 291; Tunçomağ/Centel, s. 181; Narmanlıoğlu, s. 714; Güven/Aydın, s. 470; Akyiğit, s. 422.

<sup>57</sup> Sümer/Kayırgan, s. 343; Senyen Kaplan, s. 416; Akyiğit, s.427.

<sup>58</sup> Y9HD., 17.05.2004, E. 2003/23749, K. 2004/12114; Ekmekçi/Yiğit, s. 475.

<sup>59</sup> Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının 13 tam yıl çalışması karşılığı 230 gün izne hak kazandığı ve dosyadaki izin belgelerine göre toplam 80 gün izin kullandığı belirlenmesiyle bakiye 150 gün için izin ücreti alacağı hesaplanmıştır. Ancak davacıya her yıl Ağustos ayı bordrolarında "izin tutarı" adıyla tahakkuk ettirilen miktarlar hesaplamada dikkate alınmamıştır. Davacıya her yıl Ağustos ayında izin parası denilerek 30 günün karşılığı ödeme yapılmış ise de, o ay fiilen izin kullandırılmadığı bir anlamda izin avansı gibi ödeme yapıldığı görülmüştür. Davacının izni kullandırılmadığından ödeme karşılığı sürenin izin hakkından mahsubu söz konusu olamaz. Ancak ortada izin avansı niteliğinde bir ödeme bulunduğundan, bu miktarın ödeme tarihindeki kur üzerinden TL'ye çevrilerek ödeme tarihinden fesih tarihine kadar işleyecek yasal faiziyle birlikte mahkemeye hesaplanan izin ücreti alacağından mahsubu gerekir (Y9HD., 30.06.2020, E. 2019/2158, K. 2020/6678).

<sup>60</sup> Somut uyumsuzlukta; davacı iş ilişkisi devam ederken eldeki dava ile izin alacağını talep etmiştir. Bu alacağın dayanağı olan yıllık ücretli izin hakkı, iş ilişkisinin sona ermesi halinde izin ücretine dönüşmektedir. Bu bağlamda işçi, iş ilişkisi (sözleşmesi) devam ederken kullanamadığı yıllık izinlerinin ücretini dava yolu ile alamaz. Yukarıda da değinildiği üzere yıllık izin hakkı anayasal temeli olan bir dinlenme hakkı olup, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında ücrete dönüşmez ve bu haktan vazgeçilemez. Velhasıl bu hakkın niteliğinden ve düzenleniş biçiminden kaynaklı olarak aksi yöndeki bireysel veya toplu iş sözleşmeleri düzenlemeleri de geçerli kabul edilemez (Y9HD., 24.11.2020, E. 2016/32079, K. 2020/16628).

## F. Yıllık Ücretli İzin Alacağında Hakkaniyet İndirimi

Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan işverenin yıllık izin süresinde indirim yapabilmesine imkân tanıyan hükmün<sup>61</sup> aksine 4857 sayılı İş Kanunu'nda işverenin yıllık izin sürelerinden indirim yapabileceğine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. İş Kanunu'nda işçinin uğradığı hastalık veya kaza hâlinde devamsızlığın, İş Kanunu'nun 25/1,b alt bendinde öngörülen süreyi aşmayan kısmının yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılacağı düzenlenmiştir (İşK.55/1,a). İş Kanunu'ndaki konuya ilişkin açık düzenleme karşısında, Türk Borçlar Kanunu'nun 423. maddesi İş Kanunu'nun kapsamında yer alan işçiler bakımından uygulama alanı bulamaz. Yıllık izin süresinden varsayımsal (takdiri) bir indirim (hakkaniyet indirimi) yapılması mümkün değildir<sup>62</sup>.

Görülmekte olan birçok davada işçi hiç izin kullanmadığını beyan etmektedir. Kimi zaman da yazılı delil sunamayan işveren, kullandırmış olduğu ve kayıt altına almadığı izin ücretlerini tekrar ödemek zorunda bırakılmaktadır. Yargıtay'a göre de uzun süre ara vermeden bir işçinin izin kullanmadan çalışması olağan hayat tecrübelerine aykırılık teşkil eder. Bu nedenle mahkeme tarafından işçinin çağırılıp bu sürede izin kullanıp kullanmadığının sorularak davayı aydınlatma ödevi yerine getirilmelidir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin içtihat farklılıklarının görüşülmesi konulu, Eylül 2020 tarihli yazının 6. bölümünde;

*“İşçinin uzun süre yıllık izin kullandırılmadığı iddiaları karşısında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde öngörülen davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde hâkimin davacı işçiyi bizzat dinleyerek çalışma ve dinlenme süreleri konusunu açıklığa kavuşturması gerekir. Dairemizce uzun süre kavramı beş yıl ve daha fazla süre olarak değerlendirilmiş olup, kullandırılmadığı iddia edilen izin süresinin toplamda beş yıllık veya daha fazla olması halinde anılan hüküm çerçevesinde uygulama yapılmalıdır.”*

şeklinde ifadeye yer verilerek uzun süre ifadesinden en az 5 yıl kıdemın anlaşılması gerekir<sup>63</sup>. Kanımızca, Yargıtay burada 7036 sayılı Kanun ile yıllık izin alacağında zamanaşımının 5 yıl olduğundan hareket ederek uzun süre kavramının da 5 yıl olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır<sup>64</sup>. İşçinin ifadesine başvurulmuş ve işçi hiç yıllık izin kullanmadığı yönünde

<sup>61</sup> “İşçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan daha uzun bir süreyle hizmeti yerine getirmediği takdirde işveren, çalışılmayan her tam ay için, yıllık ücretli izin süresinden bir gün indirim yapabilir. İşçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuru olmaksızın hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı sebeplerle en çok üç ay süreyle işgörme edimini yerine getiremediği takdirde, işveren yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz. İşveren, gebelik ve doğum yapma sebebiyle işgörme edimini en çok üç ay süreyle yerine getiremeyen kadın işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz. Hizmet veya toplu iş sözleşmeleriyle, işçinin aleyhine hüküm doğuracak şekilde, ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerine aykırı düzenleme yapılamaz.” (TBK.423).

<sup>62</sup> Öncelikle yıllık ücretli izin alacaklarından hiçbir zaman hakkaniyet indirimi yapılamaz. Mahkemece yıllık ücretli izin alacağından %30 hakkaniyet indirimi yapılması hatalıdır (Y9HD., 04.11.2020, E. 2016/30239, K. 2020/14747).

<sup>63</sup> Ekmekçi/Yiğit, s. 475; Sümer/Kayırgan, s. 345-346.

<sup>64</sup> Somut olayda davacı vekili davacının yıllık izin haklarının kullandırılmadığını iddia etmiş, Mahkemece, davacının toplam hizmet süresince 9 yıllık dönemde hiç izin kullanmadığı kabul edilerek yıllık ücretli izin alacağı hüküm altına alınmıştır. Davacının 9 yıllık çalışma süresi boyunca hiç yıllık izin kullanmaması hayatın olağan akışına terstir. Mahkemece, davacının davayı somutlaştırma yükü (HMK m.194), hakimin de davayı aydınlatma yükümlülüğü (HMK m. 31) bulunduğu göz önüne alınarak, davacının beyanı alınmalı, bundan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilip, oluşacak sonuca göre karar verilmelidir (Y9HD., 13.04.2021, E. 2021/3110, K. 2021/8070); Somut olayda davacı vekili süre belirtmeksizin davacının yıllık izin haklarının kullandırılmadığını iddia

beyanda bulunmuş ise bu takdirde tüm süre nazara alınarak hesaplama yapılması gerektiğine hükmedilmiştir<sup>65</sup>.

#### IV. Yıllık Ücretli İzin Alacağıın Hesaplanması

##### A. Süre Yönünden

İş Kanunu'nda işçinin kıdemine göre değişen yıllık ücretli izin süreleri belirlenmiştir. Ancak kanunda öngörülen yıllık izin süreleri asgari sürelerdir. Bu nedenle, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kanunda yer alan sürelerin üstünde, yıllık ücretli izin süreleri saptanabilir. İşçinin kanunda öngörülen yıllık ücretli izin sürelerinin hangisinden yararlanabileceği hususu, işçinin yıllık ücretli izni kullandığı tarihteki değil; yıllık ücretli izine hak kazandığı tarihteki kıdemi esas alınarak belirlenir.

Kanunda öngörülen yıllık ücretli izin süreleri şunlardır;

- Hizmet süresi bir yıldan beş yıla kadar olanlara yılda 14 gün;
- Beş yıldan fazla ve on beş yıldan az olanlara yılda 20 gün;
- On beş yıl ve daha fazla olanlara yılda 26 gün

Yıllık ücretli izin verilir.

Ancak on sekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle, elli veya daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi yirmi günden az olamaz<sup>66</sup>. Yer altı işlerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izin süreleri dörder gün arttırılarak uygulanır (İşK.53/4,5).

Elli yaş ve üstü işçilerin hakkı belirlenirken elli yaşını tamamladığı yıl itibariyle yirmi günden az izin verilemeyeceği dikkate alınmalıdır<sup>67</sup>. Buna göre çalıştığı 3. yılda elli yaşını tamamlayan bir işçi üçüncü yıldan itibaren yirmi günlük izne hak kazanacaktır. Birinci ve ikinci yıllar için ise yirmi günlük izin alacağı hesaplanamaz<sup>68</sup>.

---

*etmiştir. Mahkemece, davacının toplam hizmet süresince 5 yıllık dönemde hiç izin kullanmadığı kabul edilerek yıllık ücretli izin alacağı hüküm altına alınmıştır. Mahkemece, davacının davayı somutlaştırma yükü (6100 sayılı Kanun m.194), hâkimin de davayı aydınlatma yükümlülüğü (6100 sayılı Kanun m. 31) bulunduğu göz önüne alınarak, davacının 5 yıllık çalışma süresi boyunca hiç izin kullanmaması hayatın olağan akışına ters olduğundan, bu hususta davacının beyanı alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekir...(Y9HD., 28.01.2021, E. 2020/4795, K. 2021/2729).*

<sup>65</sup> Somut olayda, bozma kararı sonrasında beyanı alınan davacı, çalıştığı 14 yıl boyunca hiç yıllık izin kullanmadığını belirtmiştir. Mahkemece, dinlenen davacı tanıklarının davacının yıllık izinlerini kullandığını beyan ettikleri, tanıkların lehine tanıklık yaptıkları tarafla ilgili beyanlarının nazara alınması gerektiği ve davacının hizmet süresi itibari ile hiç yıllık izin kullanmadan çalışmış olmasının mümkün olmayacağı değerlendirilerek davacının yıllık izin ücreti alacağıın reddine karar verilmiştir. Ancak yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır. Dosya kapsamı nazara alındığında, davalı tarafından davacının yıllık izinlerini kullandığı hususunun kanıtlanamadığı anlaşılmalı salt davacı tanık beyanlarından hareketle davacının yıllık izin ücreti alacağıın reddine karar verilmesi hatalı... (Y9HD., 05.04.2021, E. 2021/3421, K. 2021/7589).

<sup>66</sup> *Davacı 08.01.1962 doğumlu olup, işe başladığı 11/01/2012 tarihi itibari ile elli yaşın üzerindedir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda hak kazandığı yıllık izin ücret alacağıın 14 günlük ücreti tutarında hesaplanması hatalıdır (Ankara BAM., 7. HD., 16.01.2017, E. 2017/73, K. 2017/66); (Sümer/Kayırgan, s. 348).*

<sup>67</sup> Ekmekçi/Yiğit, s. 461; Sümer/Kayırgan, s. 348.

<sup>68</sup> *Dosya içeriğine göre, davacı işçi 11.06.1960 doğumlu olup, davalı işyerinde 16.10.2004 tarihinde çalışmaya başlamış ve kesintili olarak 02.09.2013 tarihine kadar çalışarak toplamda 8 yıl 10 ay 20 gün çalışmıştır. 4857 sayılı İş Kanununun 53. maddesi hükmüne göre, davacı işçi ilk 5 yıllık çalışması için yıllık 14 günden 70 gün, sonraki 3 yıllık çalışması için ise yıllık 20 günden 60 gün olmak üzere toplam 130 gün ücretli izne hak kazanmıştır. Davacının doğum tarihine göre 50 yaşını doldurduğu gözetildiğinde ..... davacı*



4857 sayılı İş Kanunu'nun aksine 1475 sayılı İş Kanunu'nda yıllık izin süreleri farklı düzenlenmiştir. Buna göre m. 49 uyarınca hizmet süresi:

Bir yıldan beş yıla kadar olanlara yılda 12 gün,

Beş yıldan fazla ve on beş yıldan az olanlara yılda 18 gün,

On beş yıl ve daha fazla olanlara yılda 24 gün,

Ancak on sekiz ve daha küçük yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin on sekiz günden az olamaz. Bu bakımdan işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.06.2003 tarihinden önce hak kazandığı yıllık izinler bakımından 1475 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır<sup>69</sup>. Bunun yanında, işçinin çalıştığı işyerinde toplu iş sözleşmesi akdedilmiş ve bu sözleşmeden yararlandığı anlaşılmakta ise toplu iş sözleşmesi hükümleri de dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır<sup>70</sup>.

Bu sürelerin hesabında izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmaz<sup>71</sup> (İşK.56/5). Buna göre iki hafta izin alan bir işçinin on iki gün izin hakkını kullandığı kabul edilmelidir<sup>72</sup>.

İşçi bir tam yıl çalışmakla yıllık izne hak kazanır. Ardından da geçen her tam yıl nazara alınarak yıllık izin hakkı belirlenir. Buna karşın, arta kalan dönem için kıdem tazminatının aksine yıllık izin alacağı için hesaplama yapılamaz. Kıstelyevm esası, yıllık izin alacağına uygulanamaz<sup>73</sup>. Diğer bir deyişle, kalan 10 aylık sürenin oranlanması suretiyle on iki gün gibi izin

---

*işçinin 50 yaşını doldurduktan sonra geçen 6 yıl için yıllık 20 gün ücretli izne hak kazandığı şeklindeki tespiti yerinde değildir. Bu nedenle, davacının hak ettiği ücretli izin süresinin 130 gün yerine 148 gün olarak belirlenmesi hatalı olup, karar bu yönü ile bozmayı gerektirmiştir (Y9HD., 27.04.2021, E. 2021/4278, K. 2021/8550).*

<sup>69</sup> ÇİL, Yargıtay Uygulamaları, s.199; Somut uyumsuzlukta; davacı, davalıya ait işyerinde 15.02.1989-14.04.2017 tarihleri arasında 28 yıl 2 ay süre ile çalışmıştır. Mahkemece .... davacının yıllık ücretli izin alacağına esas izin günlerinin tamamı 4857 sayılı Yasaya göre ve fazladan belirlenmiştir. Oysa ki davacının çalışmasının bir kısmı 1475 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde geçmiştir. Davacının çalıştığı süreler itibari ile 588 gün yıllık ücretli izin hakkı olduğu halde mahkemece çalışmanın tamamının 4857 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde geçtiği kabul edilerek 614 gün yıllık ücretli izin hakkı bulunduğundan hareketle dava konusu alacağına hükmedilmesi isabetsizdir (Y9HD., 06.04.2021, E. 2021/423, K. 2021/7662).

<sup>70</sup> Somut olayda, davacının Yol-İş Sendikasına 31.12.1988 tarihinde üye olduğu, 02.02.2001 tarihinde kadrolu olarak çalışmaya devam ettiği, davalı idare ile davacının da üyesi bulunduğu Yol-İş Sendikası arasında bağutlu Toplu İş Sözleşmelerinin 32. maddesinde düzenlendiği anlaşılan yıllık ücretli izin hakkına ilişkin maddeye göre 1 yıldan 5 yıla (dahil) kadar olanlara 22 iş günü, 5 yıldan fazla 10 yıldan az olanlara 28 iş günü, 10 yıl ve daha fazla olanlara 30 iş günü yıllık ücretli izin verileceğinin yazılı olduğu görülmüştür. Geçici 4. maddesinde ise 29.10.2000 tarihi ile geçici işçilikten daimi işçiliğe geçen işçilerin geçmiş parçalı hizmetleri yıllık ücretli izin hesabında dikkate alınır, ancak önceki parçalı hizmetleri için yıllık ücretli izin hakları doğmaz hükmüne yer verildiği görülmektedir. Mahkemece davacının yıllık izin hakkının 1984 yılı, 1999 yılı ve 2000 yılı için kabul edildiği ancak her yıl için 22 işgünü üzerinden hesaplama yapıldığı görülmüştür. Ancak Mahkemece, davacının izin hakları hesaplanırken, daimi kadroya geçmeden önceki geçmiş parçalı hizmet sürelerinin de toplanarak, toplu iş sözleşmesinde belirtilen süreler esas alınarak davacının yıllık izin süresinin yeniden belirlenmesi gerekmektedir (Y9HD., 07.10.2020, E. 2020/6047, K. 2020/11072).

<sup>71</sup> EKMEKÇİ/YİĞİT, s.461; Somut uyumsuzlukta, yıllık izin defterindeki yıllık izin tarih aralıklarına denk gelen hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil günleri gözetilmemiştir (Y9HD., 28.09.2020, E. 2016/24535, K. 2020/9478).

<sup>72</sup> ÇİL, İlke Kararları, s.1349; Somut uyumsuzlukta, davacı yukarıda zikredilen tanık olarak dinlendiği yeminli beyanında yıllık 1 hafta olarak yıllık izin kullandıklarını beyan ettiğinden toplam çalışma süresine göre 2 yıllık 28 gün yıllık izin hakkının bulunduğu, hafta tatili düşülerek 6x2=12 gün olarak yıllık izin kullandığı, bakiye 16 gün yıllık izin hakkının bulunduğu gözetilerek hesaplama yapılması gerekir (Y9HD., 06.10.2020, E. 2016/25585, K. 2020/10638).

<sup>73</sup> Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 803; Süzek, s. 855; Narmanlıoğlu, s. 704; Urhanoğlu, s. 79; Sümer/Kayırgan, s. 348; Alman ve İsviçre Hukuklarında aksine uygulamanın bulunduğuna ilişkin bkz.: Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 336.

hakkına sahip olabilmesi de kabul edilemez<sup>74</sup>. Aynı şekilde örneğin üç yıl altı ay kıdemi bulunan bir işçinin kırk dokuz gün izin alacağı bulunduğu şekilde bir sonuca gidilemez. Ayrıca kesirli kısmın tam sayıya tamamlanması uygulaması da bulunmamaktadır. Üç yıl iki ay kıdemi bulunan bir işçi ile üç yıl on bir ay kıdemi bulunan bir işçinin de yıllık izin hakkı kırk iki gün olarak belirlenmelidir. Bu doğrultuda üç yıl on bir ay kıdemi bulunan işçinin yıllık izin bakımından dört yıl olarak kabul edilebilmesi de mümkün değildir<sup>75</sup>.

İş Kanunu'nda belirlenen süreler asgari olup işveren tarafından kanunda öngörülenden daha fazla süre ile izin hakkı tanınabilir. Bu şekilde izin hakkının fazladan kullanılması işveren lehine bir alacak hakkı doğurmaz. Gerçekten Yargıtay, işçinin iki yıl kıdemi karşılığında yıllık ücretli izin hakkının yirmi sekiz gün olduğu, ancak otuz dört gün izin kullandığı, dolayısıyla hak ettiği yıllık izin süresini altı gün aştığı, bu durumda davacı işverenin davalı işçiden altı günlük yıllık izin ücreti almaya hak kazandığı yönündeki yerel mahkeme kararını bozmuş ve haklı olarak işverenin bu yönde bir talebinin mümkün olmadığını vurgulamıştır<sup>76</sup>.

İşçi hak kazandığı yıllık ücretli izin hakkını ne zaman kullanacağını tek taraflı olarak belirleyebilme yetkisine sahip değildir<sup>77</sup>. İşçi, izin kullanma tarihini kendiliğinden belirleyemez ve dilediği zaman iznini kullanamaz<sup>78</sup>. Bunu belirleme yetkisi yönetim hakkı çerçevesinde işverene aittir<sup>79</sup>. İşçinin izin kullanmak istediği zamanı işverene bildirmesi ve izin tarihlerinin belirlenmesi Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinde<sup>80</sup> ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İşveren izin tarihinin tespitinde işçinin talebini dikkate alır, ancak işçinin istediği tarih ile de bağlı değildir<sup>81</sup>. İşçinin yıllık ücretli izin isteği kabul edilmeden işyerinden ayrılması hâlinde devamsızlığa ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Yargıtay da işçinin tek taraflı olarak izne çıkma tarihini belirleyip işten ayrılması hâlinde iş sözleşmesinin devamsızlık hükümleri çerçevesinde işveren tarafından feshedilebileceği görüşündedir<sup>82</sup>.

<sup>74</sup> Dosya içeriğine göre; davacı işçi davalı işyerinde toplamda 8 yıl 11 ay 15 gün çalışmış olup buna göre hak ettiği yıllık ücretli izin dönemi 8'dir. Bir başka anlatımla, 1 tam yıl içermediği için, 11 ay 15 günlük çalışma dönemi bakımından, yeni bir ücretli izin alacak hakkı doğmayacaktır. Buna göre davacının davalı işyerinde hak ettiği ücretli izin süresi, mülga 1475 sayılı Kanun gereğince ilk yıl için oniki gün, 4857 sayılı Kanun dönemine ilişkin olarak takip eden çalışma döneminde ise, sonraki dört yıl için ondört gün, son üç yıl için de yirmişer gün olmak üzere toplamda 128 gündür. Hal böyle iken bilirkişi raporunda davacının, 1 yılın altında olan 11 ay 15 günlük çalışma dönemi için de 19 gün ücretli izne hak kazanacağı mütalaa edilerek, yıllık ücretli izin süresinin 147 gün olarak belirlenmesi de hatalı olmuştur (Y9HD., 27.04.2021, E. 2021/4613, K. 2021/8556).

<sup>75</sup> ÇİL, İlke Kararları, s.1344; Somut olayda dava konusu yıllık ücretli izin alacağına ilişkin olarak davacının 15.11.2003-28.02.2014 tarihleri arası 10 yıl 3 ay 14 gün süreyle çalıştığı gözetilmeksizin 11 yıl çalıştığı kabulü ile yıllık ücretli izin alacağının hesaplanması isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir (Y9HD., 09.03.2021, E. 2020/2604, K. 2021/5842).

<sup>76</sup> İşverenin işçiye kullandığı yıllık ücretli izin hak edilenden fazla olduğu öne sürülerek karşılığında parasal iade talep etmenin yasal bir dayanağı yoktur. Bu nedenle davacı karşı davalı işverenin davalı karşı davacı işçiye fazladan kullandığı 6 gün için talep ettiği alacağın reddi gerekir (Y9HD., 14.10.2020, E. 2016/26145, K. 2020/11957).

<sup>77</sup> Mollamahutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 419; Ekmekçi/Yiğit, s. 464; Urhanoglu, s. 184.

<sup>78</sup> Ekonomi, s. 292.

<sup>79</sup> Akyiğit, s. 429; Y9HD., 28.01.2016, E. 2014/27000, K. 2016/2328; Uşan/Erdoğan, s. 218; Çil, Koronavirüs, s. 120.

<sup>80</sup> RG., S. 25391, 03.03.2004.

<sup>81</sup> Narmanlioğlu, s. 715; Senyen-Kaplan, s. 416; Güven/Aydın, s. 473.

<sup>82</sup> O gün davacı işyerine gelmiş de, izin istemiş fakat eski devamsızlıkları da dikkate alınarak izin verilmemiştir. Davacının izin dilekçesini bırakıp gitmesi de kendisine izin verileceği anlamına gelmez. (Y9HD., 04.4.1991, 14393/7202); İzin isteği de yönetmeliğe göre 1 ay öncesinden talep edilmemiştir. Bu şekilde işçinin izin talebinin karşılanması noktasında işverene yeterli süre tanınmamıştır (Y9HD., 20.6.2006, 15954/17843).

İş Kanunu m. 56 uyarınca yıllık izinlerin bölünemeyeceği kuralı mevcut ise de Yargıtay'a göre yıllık izin hakkının kanuna aykırı olarak bölünerek kullandırılması hâlinde yıllık izin kullanılmamış sayılması gibi bir durum söz konusu olmaz<sup>83</sup>. Dolayısıyla yılda beş, sekiz ya da üç gün şeklinde kullandırılan izinler de geçerli sayılmaktadır<sup>84</sup>.

Çalışılmayan Cumartesi günlerinin, çalışılmış gibi sayılacağına ilişkin kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bağlamda çalışılmayan Cumartesi günlerinin yıllık ücretli izin hakkının tespiti bakımından nasıl değerlendirileceği hususu içtihat farklılıklarını giderilmesi konulu Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından açıklığa kavuşturulmuştur: Yargıtay 9. Hukuk Dairesine göre bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle Cumartesi ve Pazar günleri hafta tatili günü olarak belirlenmişse, İş Kanunu'nun 56/5. maddesi gereği her iki gün yıllık izin sürelerinden sayılmaz. Başka bir anlatımla yıllık izin kullanma dönemi içindeki Cumartesi ve Pazar günleri kullanılan izin süresinden düşülür. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesinde hafta tatiline eklenen bu Cumartesi gününün yıllık izin hesabında iş günü olarak sayılacağı veya izin süresinden düşülmeyeceği şeklinde açık bir kural mevcutsa, bu hüküm geçerli sayılmalı ve İş Kanunu'nun 56/5. maddesi gereği sadece yıllık izne rastlayan Pazar günleri izin süresinden düşülmelidir. Aksi takdirde Cumartesi günlerinin yıllık izinden sayılması mümkün olmayacaktır<sup>85</sup>. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararda cumartesi günleri her ne kadar tatil olarak uygulansa da iş günü olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmedilmiş ise de gerekçe kısmında taraflar arasında akdedilen protokolde yıllık ücretli izin hakkı kullanılırken cumartesi gününün iş günü olarak sayılacağı hükmü vurgulanmıştır<sup>86</sup>. Aynı daire tarafından 19.04.2018 tarihli kararında ise toplu iş sözleşmesinde Cumartesi günü açıkça hafta tatili olarak düzenlenmemişse bu takdirde cumartesi gününü iş günü sayılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>87</sup>. Doktrinde İş Kanunu'nda akdi tatil olarak öngörülen günlerin de iş günü olduğu kabul edilmiş<sup>88</sup> ve buna göre de işçilerin günlük çalışma süreleri belirlenirken Cumartesi günü çalıştırılmamaları hâlinde bu günler iş günü olarak dikkate alınarak yıllık izin yönünden çalışılmış gibi sayılması gerektiği savunulmuştur<sup>89</sup>. Ancak toplu iş sözleşmesine uygun olarak pazartesi cuma günleri arasında beş gün izin alan bir işçinin cumartesi ve pazar günleri yıllık izinden sayılmaz iken on beş gün izin alan bir işçinin cumartesi günlerini yıllık izinden kabul etmek pratik anlamda da hakkaniyetsiz sonuçlar doğurur. Bu hal de işçiyi izin hakkını bölerek kullanmaya teşvik eder ki bu durum kanunun sistematığına aykırılık oluşturacağından çalışılmayan cumartesi gününün işyeri uygulaması ile hafta tatili olarak kabul edildiği nazara alınarak her hâlükârda yıllık izinden sayılamayacağı kanısındayız. Dolayısıyla işçinin izin kullanmadığı takdirde çalışması gereken günler iş günü olarak kabul edilmelidir.

Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi de 2020 yılında vermiş olduğu E. 2019/2145, K. 2020/420 ilamda cumartesi gününün hafta tatili olarak düzenlendiği ve yıllık izin hakkı

<sup>83</sup> Ekmekçi/Yiğit, s. 467; Çil, *Yargıtay Uygulamaları*, s. 197.

<sup>84</sup> Çil, *İlke Kararları*, s. 1348.

<sup>85</sup> *İşyerinde normalde cumartesi günleri çalışılması veya çalışılmaması işverenin yönetim hakkından kaynaklanmakta olup eğer bireysel veya toplu iş sözleşmesinde cumartesi gününün açıkça hafta tatili (akdi tatil) olduğu düzenlenmemişse o gününün işgünü sayılması gerektiği, davalı işyerinde ise haftanın 6 gününün iş günü, 1 gününün hafta tatili olduğunun Bölge Adliye Mahkemesi'nce kabulü isabetlidir* (Y9HD., 27.04.2021, E.2021/4319, K. 2021/8573).

<sup>86</sup> Y22HD., 18.10.2018, E. 2018/9873, K. 2018/22569.

<sup>87</sup> Y22HD., 19.04.2018, E. 2017/12413, K. 2018/9057.

<sup>88</sup> Senyen Kaplan, s. 413.

<sup>89</sup> Ekonomi, s. 282; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 809-810; Güven/Aydın, s. 469.

bakımından da iş günü sayılacağına ilişkin açık hüküm bulunmadığından toplu iş sözleşmesine göre yıllık izin hakkının kullandırılması bakımından cumartesi gününü iş günü olarak kabul etmemiş ve yıllık izin hakkı hesabında bu günün dikkate alınmayacağına hükmetmiştir<sup>90</sup>.

## B. Ücret Yönünden

Yıllık ücretli izin ücretinin hesabında, asıl (temel) ücret esas alınır. Bu nedenle, fazla çalışma karşılığı olarak alınan ücretler, primler ve sosyal yardımlar, ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri için verilen ücretler, yıllık ücretli izin ücretinin hesabında dikkate alınmaz. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin 21. maddesi uyarınca izin ücretinin belirlenmesinde; fazla çalışma karşılığı alınacak ücretler, primler, sosyal yardımlar ve işyerinin devamlı işçisi olup, normal saatler dışında hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde çalışan işçilerin bu işler için aldıkları ücretler hesaba katılmayacağı ifade edilerek yıllık ücretli izin alacağının çıplak ücret üzerinden hesaplanacağı vurgulanmıştır<sup>91</sup>.

Yıllık ücretli izin hakkından yararlanabilmek için işçinin bağlı olduğu ücret sisteminin bir önemi yoktur. Bir diğer ifade ile yıllık ücretli izne hak kazanabilmek için zaman esasına göre çalışma zorunlu değildir. Zaman esasına göre çalışanların yanı sıra, verime göre ücret ve yüzde usulü ücret esaslarına göre çalışan işçiler de yıllık ücretli izne hak kazanırlar. Ancak yıllık ücretli izin ücretinin belirlenmesi, ücret türlerine göre farklılık gösterir. Günlük ücret ile çalışan işçilerde yıllık ücretli izin ücreti, günlük ücret ile izin süresinin çarpımı suretiyle bulunur. Saat başına ücret alan işçiler açısından ise günlük ücret, saat ücretinin yedi buçuk ile çarpılması sonucu tespit edilir. Bu ücretin izin süresi ile çarpımı ile de yıllık ücretli izin ücreti belirlenir.

Yıllık ücretli izin süresine rastlayan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri, yıllık izin ücreti dışında ayrıca işçiye ödenir (İşK.57/son).

İşçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık ücretli izin süresi için ücreti iş sözleşmesinin işveren veya işçi tarafından feshedilmesi hâlinde sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir<sup>92</sup> (İşK.59). Kullandırılmayan yıllık ücretli izin paraları ilgili olduğu yıllara ilişkin ücretler üzerinden değil, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücret üzerinden hesaplanmalıdır<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> Sümer/Kayırgan, s. 349-350.

<sup>91</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 815; Süzek, s. 859; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 420-421; Akyiğit, s. 437; Çil, *Yargıtay Uygulamaları*, s. 198; *Somut olayda, davacının izin ücreti alacağı çıplak brüt ücret üzerinden hesaplanması gerekirken giydirilmiş brüt ücreti üzerinden hesaplanarak hüküm altına alındığı anlaşılmaktadır* (Y22HD., 12.05.2016, E. 2016/11224, K. 2016/14541).

<sup>92</sup> *Yıllık izin alacağı fesihle muaccel olup çalışırken ücrete dönüşmeyeceğinden davacının naklinden önce doğan bir borçtan söz edilemeyecektir. Davacının davalı ile imzaladığı iş sözleşmesi sonrası 13/02/2015 tarihinde çalışırken emekli olduğu anlaşılma davalı son işveren olduğundan tüm yıllık izin alacaklarından sorumludur* (Gaziantep BAM., 7. HD., 09.03.2017, E. 2017/381, K. 2017/316) (Sümer/Kayırgan, s. 352).

<sup>93</sup> Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 272; Sümer, *İş Hukuku*, s. 168; Urhanoglu, s. 140; Uşan/Erdoğan, s. 219; Çil, *Yargıtay Uygulamaları*, s. 197; Sümer/Kayırgan, s. 352; *Dairemizce dosya üzerinden yapılan inceleme sonunda; hükme esas alınan bilirkişi raporunda yıllık izin ücretinin son ücret üzerinden ve 2 kat olarak hesaplandığı, sözü edilen hesap yönteminin hatalı olduğu yönünde Yargıtay İş Dairelerinin görüş birliğine vardıkları, (Yargıtay 22. HD. 31.05.2016 gün, 2015/12686 E, 2016/15624 K.; Yargıtay 9. HD. 14.06.2016 gün, 2016/12612 E, 2016/14257 K.; Yargıtay 7. HD. 12.05.2016 gün, 2015/40411 E, 2016/10696 K.) anlaşılmış olup, Dairemizce de yıllık izin ücretinin dönem ücreti yerine son ücretten ancak bir kat olarak belirlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır* (Ankara BAM., 7. HD., 24.03.2017, E. 2017/787, K. 2017/619); (Sümer/Kayırgan, s.352).

Yargıtay yıllık ücretli izin ücretinden gelir vergisi ile damga vergisinin yanı sıra sigorta primi ve işsizlik primi de kesilmesi gerektiği görüşündedir<sup>94</sup>. Ayrıca Yargıtay'a göre ödenmeyen yıllık izin alacağının en yüksek mevduat faizi üzerinden hesaplanacağına dair İş Kanunu'nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla yıllık ücretli izin alacağının yasal faiz yerine en yüksek mevduat faizi üzerinden hesaplanması hatalıdır. Bu doğrultuda yıllık ücretli izin alacaklarına yasal faiz uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>95</sup>. Ayrıca faiz başlangıcı temerrüt ya da dava tarihi olarak belirlenmelidir<sup>96</sup>.

## V. Yıllık Ücretli İzin Alacağında Zamanaşımı

İşçinin yıllık izin ücretleri karşılığında alacağı ücret, beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir (7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Ek m. 3). İş Kanunu'na göre, iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi hâlinde, işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücrete ilişkin zamanaşımı iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra başlar (m.59/1). Böylece, yıllık ücretli izin alacağına ilişkin zamanaşımı süresinin hangi tarihten itibaren başlayacağı konusuna açıklık getirilmiş bulunmaktadır<sup>97</sup>.

İş Kanunu'na 7036 sayılı Kanunla eklenen ek 3. madde ile yıllık ücretli izin alacağına uygulanacak zamanaşımı süresi İş Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir. Böylelikle iş sözleşmesinden kaynaklanmak kaydıyla hangi kanuna tabi olursa olsun, yıllık izin ücretinin zamanaşımı süresi *beş yıl* olarak belirlenmiştir. Bir başka deyişle, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu veya Borçlar Kanunu kapsamındaki bütün işçilerin yıllık ücretli izin alacakları beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

01.06.2012 tarihinden sonra yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 147. maddesinde ücret gibi dönemsel nitelikte ödenen alacakların beş yıllık zamanaşımına tabi olacağı belirtildiğinden yıllık izin alacaklarında dönemsel nitelikte olmadıklarından bahisle zamanaşımı Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından 10 yıl olarak uygulanmakta idi<sup>98</sup>. Yargıtay 9. Hukuk dairesi ise içtihat farklılıklarının giderilmesi Eylül 2020 başlıklı yazısının 7. maddesinde yıllık ücretli izin alacağı yönünden 6098 tarihli Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihi ile zamanaşımı süresini 5 yıla indiren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği

<sup>94</sup> Yıllık izin ücretinin brütten nete çevrilmesi sırasında gelir vergisi ile damga vergisinin yanı sıra sigorta primi ve işsizlik priminin kesilmemesi de hatalıdır (Y9HD., 22.01.2020, E. 2016/11922, K. 2020/967).

<sup>95</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 348; Urhanoğlu, s. 240; *Somut olayda; mahkemece yıllık izin ücreti alacağının banka mevduatına uygulanan en yüksek faiz ile birlikte davalı şirketten tahsiline ilişkin hüküm kurulmuştur. Ancak gerek davacı vekili tarafından dava dilekçesinde yıllık izin ücretine yasal faiz uygulanmasının talep edilmesi, gerekse yıllık izin ücreti için uygulanması gereken faiz türünün yasal faiz olması karşısında, mahkemece yazılı şekilde "en yüksek banka mevduat faizi" uygulanmasına karar verilmesi isabetsizdir* (Y22HD., 23.12.2019, E. 2016/25501, K. 2019/24061).

<sup>96</sup> *Davacının işverene 05.09.2011 gününde dilekçe vererek yıllık izin alacağının ödenmesini talep ettiği anlaşıldığından yıllık izin alacağının tamamına bu tarih yerine dava ve islah tarihlerinden faiz yürütülmesi hatalıdır* (Y9HD., 01.10.2020, E. 2016/21728, K. 2020/10222).

<sup>97</sup> *Somut olayda; dosya kapsamına göre davacının iş sözleşmesinin 24.08.2010 tarihinde feshedildiği, 30.12.2015 olan dava tarihi itibarıyla feshin üzerinden beş yıllık zamanaşımı süresi geçtiğinden, davalının davaya karşı süresinde ileri sürdüğü zamanaşımı defii nedeniyle ücret ve yıllık izin alacağının zamanaşımına uğradığı anlaşılmaktadır* (Y9HD., 15.09.2020, E. 2016/21854, K. 2020/7673).

<sup>98</sup> 01.06.2012 tarihinden sonra yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 147. maddesinde ücret gibi dönemsel nitelikte ödenen alacakların beş yıllık zamanaşımına tabi olacağı belirtildiğinden yıllık izin alacaklarında zamanaşımı 10 yıl olarak uygulanmaktadır. Yıllık izin ücreti iş sözleşmesinin feshi ile muaccel olup dönemsel bir nitelik taşımadığından, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uygulaması yönünden 10 yıllık genel zamanaşımına tabidir (Y22HD., 18.09.2019, E. 2016/18442, K. 2019/16584).



25.10.2017 tarihi arasındaki dönem için zamanaşımı sorununu ele almış ve aşağıdaki açıklamalara yer vermiştir:

*“4857 sayılı İş Kanunu’nun ‘‘Sözleşmenin sona ermesinde izin ücreti’’ başlığını taşıyan 59. maddesine göre, ‘‘iş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Bu ücrete ilişkin zamanaşımı iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar’’. Belirtilen düzenlemede iş sözleşmesinin sona ermesi halinde kullandırılmamış olan yıllık izin sürelerine ait ücretin ‘‘ücret’’ niteliği özellikle vurgulanmıştır.*

*İş Kanunu’nun 32. maddesinin 6. fıkrasına göre iş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur. Aynı maddenin 8. fıkrasına göre ise, ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır.*

*Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 126. maddesinin 3. bendine göre, başkalarının maiyetinde çalışan veya müstahdemi olan kimselerin, hizmetçilerin, yevmiyecilerin ve işçilerin ücretleri hakkındaki davaların beş yıllık zamanaşımına tabi olduğu belirtilmişti. Yargıtay da anılan düzenleme uyarınca yıllık izin ücretinin beş yıllık zamanaşımına tabi olduğunu kabul etmekteydi. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden sonra anılan Kanunda 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 126/3 hükmüne yer verilmediği gerekçesiyle yıllık izin ücretinin Türk Borçlar Kanunu’nun 146. maddesinde düzenlenen on yıllık genel zamanaşımına tabi olacağı ileri sürülmüştür. Ancak Türk Borçlar Kanunu’nun 147. maddesinin gerekçesinde hizmet sözleşmesi hükümlerine göre çalışanların ‘‘dönemsel edimler’’ niteliğindeki ücret alacaklarının aynı maddenin 1. bendi kapsamına girmesi nedeniyle 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 126. maddesinin 3. bendindeki hükmün ayrıca düzenlenmesine gerek görülmediği belirtilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 147. maddesinin 1. bendine göre, ‘‘Kira bedelleri, anapara faizleri ve ücret gibi diğer dönemsel edimler’’ beş yıllık zamanaşımına tabidir. Yıllık ücretli izin dönemsel edim niteliğinde olup, buna ait ücret hakkında da anılan hüküm uygulanmalıdır. Nitekim 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 15. maddesi ile İş Kanunu’na eklenen ek 3. maddede de yıllık izin ücretinin beş yıllık zamanaşımına tabi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Buna göre Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarih ile İş Mahkemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarih arasındaki dönemde de yıllık izin ücretinin tabi olduğu zamanaşımı süresi beş yıldır.’’*

Bu açıklamalardan hareketle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girdiği dönem için de yıllık izin alacağında zamanaşımının beş yıl olarak uygulanacağı anlaşılmakta olup Yargıtay’ın 2021 yılında vermiş olduğu kararlarında da yıllık ücretli izin alacağının 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde de beş yıllık zamanaşımına tabi olduğu yönünde olduğu görülmektedir<sup>99</sup>.

<sup>99</sup> Sümer/Kayırgan, s. 242; Somut olayda; davacının iş sözleşmesinin feshi 16.09.2013 tarihli olup, dava 27.09.2013 tarihinde açılmış ve 05.11.2020 tarihinde ise ıslah edilmiştir. Buna göre ıslah tarihi itibarıyla feshin üzerinden 5 yıllık zamanaşımı süresi geçtiğinden, dava dilekçesinde talep edilen 500,00 TL haricinde yıllık izin ücreti alacağı zamanaşımına uğramış olduğundan, ıslah edilen tutar yönünden alacağının kabulü isabetsiz bulunup, bozmayı gerektirmişti (Y9HD., 26.05.2021, E. 2021/5433, K. 2021/9576).

Yargıtay'a göre yıllık ücretli izin alacağı dönemsel niteliktedir ve ücret niteliği ağır basmaktadır. Halbuki yukarıda da ifade edildiği üzere yıllık ücretli izin parasal olarak ancak iş sözleşmesinin sona ermesi ile talep edilebilir hâle gelir. 7036 sayılı Kanun öncesi dönemde kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağı da aynı özelliklere sahiptir. Bahsi geçen alacaklar fesih tarihinde muaccel hâle gelir ve zamanaşımı da bu tarih dikkate alınarak işlemeye başlar. 7036 sayılı Kanun dönemi öncesinde kıdem ve ihbar tazminatlarında zamanaşımı 10 yıl olarak uygulanmaktadır. İşçinin yıllık izin alacağını parasal olarak talep edebilmesi mümkün olmadığından bu alacağın da dönemsel nitelik taşımadığını belirtmek gerekir. Bu itibarla yıllık izin alacağında zamanaşımı süresinin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde on yıl olarak uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

## VI. SONUÇ

İşçinin yıllık ücretli izin hakkı anayasadan kaynaklanan bir dinlenme hakkının tezahürüdür. Bu suretle yıllık izin hakkı anayasal bir haktır ve bu haktan vazgeçilemez. 4857 sayılı İş Kanunu'nda da yıllık izin hakkı ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Ancak iş hukukunun yaşayan hukuk özelliğini barındırması; değişkenlik arz eden olayların belirli bir kurala bağlanmasını zorlaştırmaktadır. Bu nedenle farklılık arz eden olaylar karşısında yargı kararları önem arz etmektedir.

Yargıtay kararları ışığında yıllık ücretli izin hakkının kapsam ve esasları belirlenmiştir. Özellikle yıllık ücretli izin hakkının ispatı konusunda çokça karara rastlanmaktadır. İşçinin yıllık izin hakkını kullanmadığını beyan etmesi yeterli görülmuş, ispat yükü işverenin üzerinde bırakılmıştır. İşveren işçiye yıllık izin hakkını kullandığını öncelikle yıllık izin defteri ile ispatlamak zorundadır. Ancak eşdeğer belgeler de belirtilmiştir. Yıllık izin formları veya imzalı ücret bordroları izin hakkının kullandırıldığını gösterebilir. Puantaj kayıtlarında yer alan izin ifadeleri ya da yıllık izin talep dilekçeleri ise aynı güce sahip değildir. Dolayısıyla bu belgeler işçiye gösterilerek izin kullanıp kullanmadığının belirlenmesi cihetine gidilmelidir.

Yargıtay'a göre yıllık ücretli izin alacağı çıplak brüt ücret üzerinden hesaplanır. Çıplak brüt ücret fesih tarihindeki asıl ücretidir. Yıllık ücretli izin alacağından damga vergisi ve gelir vergisi ile sigorta primleri de kesilmektedir.

Yargıtay 9. Hukuk dairesi 2020 yılının Eylül ayında yayınladığı ilke kararlarında üç konuda yıllık ücretli izin alacağına ilişkin bulunan mevcut sorunları açıklığa kavuşturmuştur. Bunlar; zamanaşımı, uzun süre izin kullanmama kavramı ile Cumartesi çalışılmaması hâlinde yıllık izin hesabında dikkate alınıp alınamayacağıdır. Yargıtay yıllık ücretli izin alacağında zamanaşımının 7036 sayılı Kanun dönemi öncesinde de 5 yıl olarak uygulanması gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca bir işçinin uzun süre izin kullanmadan çalışmasının olağan hayat tecrübelerine aykırılık teşkil ettiği dikkate alınarak işçinin beyanının alınması gerektiği belirtilmiştir. Uzun süre kavramından ise 5 yıl ve daha uzun sürelerin anlaşılacağı da ifade edilmiştir. Son olarak Cumartesi günü çalışılmıyor ise bu günün yıllık izin hakkının belirlenmesinde iş günü mü yoksa tatil günü olarak mı dikkate alınacağı da açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle Cumartesi ve Pazar günleri hafta tatili günü olarak belirlenmişse, İş Kanunu'nun 56/5. maddesi gereği her iki gün yıllık izin sürelerinden sayılmaz. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesinde hafta tatiline eklenen bu

Cumartesi gününün yıllık izin hesabında iş günü olarak sayılacağı veya izin süresinden düşülmeyeceği şeklinde açık bir kural mevcutsa, bu hüküm geçerli sayılmalı ve İş Kanunu'nun 56/5. maddesi gereği sadece yıllık izne rastlayan Pazar günleri izin süresinden düşülmelidir.

## KAYNAKÇA

Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, Emine Tuncay. *İş Hukuku*, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.

Akyiğit, Ercan. *Bireysel İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap. *İş Hukuku*, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 2021.

Bodur Yücel, Mehtap. "Mevsimlik İş Sözleşmesi ile Çalışanların Yıllık Ücretli İzin Hakları", *İş ve Hayat Dergisi*, C. I, S. 1, 2015, s. 131-146.

Çelik, Nuri/Caniklioğlu Nurşen/Canbolat Talat. *İş Hukuku Dersleri*, 33. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Çil, Şahin. *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020 (Yargıtay Uygulamaları).

Çil, Şahin. *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları*, 8. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021 (İlke Kararları).

Çil, Şahin. *Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020 (Koronavirüs).

Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra. *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Ekonomi, Münir. *İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku*, C. I, İstanbul 1976.

Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan Esra. *Bireysel İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Güven, Ercan/Aydın, Ufuk. *Bireysel İş Hukuku*, 6. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir-İstanbul, 2020.

İzveren, Adil. *İş Hukuku*, Doğu Matbaacılık, Ankara, 1974.

Kayırgan, Hasan. *Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler*, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal. *İş Kanunu Şerhi*, Legal Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2013.

Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal, Ulaş. *İş Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, C. I, Lykeion Yayınları, Ankara, 2020.

Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Özveri, Murat. "Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Yargı Kararları", *Legal İSGHD.*, C. 4, S. 15, 2007, s. 921-942.

Saymen, F. Hakkı: *Türk İş Hukuku*, İstanbul, 1954.

Senyen-Kaplan, Emine Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*, 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020.

Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku Uygulamaları*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Sümer, Haluk Hadi/Kayırgan, Hasan. *İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Tunçomağ, Kenan/Centel Tankut. *İş Hukukunun Esasları*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Urhanoglu, İstar. *Türk Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Uşan, Fatih/Erdoğan, Canan. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Yıldız, Gaye Burcu: “Mevsimlik İş Sözleşmesi”, Legal İSGHD., C. 7, S. 25, 2010, s. 41-58.

## Carl Schmitt'in Hukuk ve Politika Yaklaşımına Bir Bakış

Abdülşamet GÜLLER 

Arş. Gör. Dr., Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilimdalı,  
[abdulsamet.guller@hacettepe.edu.tr](mailto:abdulsamet.guller@hacettepe.edu.tr), (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

### Makale Bilgileri

**Makale Geçmişi**  
**Geliş: 14.10.2021**  
**Kabul: 23.11.2021**  
**Yayın: 01.12.2021**

**Anahtar Kelimeler:**  
Egemen, Olağanüstü hâl, Siyasi İlahiyat, Siyasal Kavramı, Asli Kurucu İktidar, Anayasa Yapımı.

### Öz

Siyasete ve hukuka yönelik çarpıcı görüşleriyle Carl Schmitt, kamu hukuku ve siyaset felsefesi açısından son derece önemli bir düşünürdür. Ona bu değeri atfeden, şüphesiz modern düşünceye yönelik bir başkaldırı mesabesinde olan yaklaşımıdır. Nitekim düşünürün gerek egemenlik ve olağanüstü hâl arasında kurduğu karar ekseninde düğümlenen yapıcı ilişki, gerekse siyasi olanın ne olduğu ve bu tür bir özelliğin saptanışı noktasındaki görüşleri, ortaya atıldıkları günden bu yana hayli tartışılmasına ve sorgulanmasına rağmen asla görmezden gelinebilecek gibi değildir. Schmitt, bu ve benzeri bağlamlarda yaptığı akıl yürütmelerini içeren eserlerinde, deyim yerindeyse, modern düşünceye ve bu arada liberal düzene karşı bir kalem savaşı açmakta, bu sırada kendi bulunduğu cepheye mühim bir güç kazandırmaktadır. Bu çalışma, Schmitt'in bahse konu çabasını anlama merakının bir eseridir. Bunun için yazarın modern düşünce karşısında nerede durduğu araştırılmakta, bu yapılırken siyasi ilahiyat ve siyasal kavramı adlı eserlerinde serdettiği fikriyat ekseninde, Schmitt'in politika ve hukuk yaklaşımının hatları ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Öte yandan söz konusu yaklaşımın, günümüzün tartışmalı konularından olan anayasa yapımı ve asli kurucu iktidar teorisine yönelik muhtemel katkıları da tartışılmaktadır.

## A View to Carl Schmitt's Law and Policy Approach

### Article Info

**Article History**  
**Received: 14.10.2021**  
**Accepted: 23.11.2021**  
**Published: 01.12.2021**

### Keywords:

Sovereign, State of Exception, Political Theology, Concept of Political, Primary Constituent Power, Establishing Constitution.

### Abstract

With his remarkable views on politics and law, Carl Schmitt is an extremely important thinker in terms of public law and political philosophy. It is his approach, which is undoubtedly a revolt against modern thought, that attributes this value to him. Thus, the constructive relationship knotted in the decision axis between sovereignty and the state of exception, as well as his views on what is political and the determination of such a feature, although they have been discussed and interrogated since the day they were put forward, they can never be ignored. In his works, which include his reasoning in this and similar contexts, Schmitt wages a pen war against modern thought and the liberal order, while at the same time giving a significant power to his own front. This study is a work of curiosity to understand Schmitt's effort. For this, it is researched where the author stands in the face of modern thought, and while doing this, the lines of Schmitt's approach to politics and law are tried to be revealed on the axis of the ideas that he has put forward in his works called political theology and the concept of political.

**Atıf/Citation:** Güller, A. (2021). "Carl Schmitt'in Hukuk ve Politika Yaklaşımına Bir Bakış", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), s. 597-613.

**Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"



## GİRİŞ

Carl Schmitt, devlete ve kamu hukukuna yönelik ortaya attığı özgün kavramsallaştırmalarının yanı sıra, bir asra yakın hayatı boyunca görüp geçirdiği çeşitli devirler ve bunlara ilişkin takındığı tavırlarla gündemden düşmemiş, günümüzde de popülerliği her geçen gün artan bir düşünürdür. II. Dünya Savaşını müteakip, o dönem yazdığı eserleriyle bir nevi desteğini sunduğu Nazi yönetiminin son bulması ve faşizmin yüz kızartıcı uygulamalarının yol açtığı tepki yüzünden hayatının son otuz sekiz yılını doğduğu şehir olan Plettenberg'de inziva içinde geçirmiş olsa da, özellikle hayata veda ettiği 1985 yılından bu yana tanınırlığı dünyanın pek çok ülkesine yayılarak, kamu hukukundaki sarsılmaz konumu kabul edilmiş durumdadır. Bu noktada, düşünürün, hayat çizgisindeki belirli bir devreyi paylaştığı Naziler ile olan ilişkisinin bugün hayli dikkat çektiği söylenmelidir. Nitekim Alman Nasyonal Sosyalist Partisine katıldığı 1933 yılından 1936'a kadar, fikri enerjisini Nazilerin resmi hukukçusu olarak anılacak kadar kesif bir biçimde partiye sunduğu bilinmektedir.<sup>1</sup> Fakat bu kirli anekdotun bile, bugün artık yalnız bir magazin değerine sahip olduğu ve Schmitt'in ardında bıraktığı büyük ve ihmal edilemez külliyatın değerine bir hanel getirmedeği görülebilmektedir.

Nitekim Schmitt, Alman düşünce geleneğinin son derece zengin ve verimli ortamında yetişen ve döneminin sanat, akademik ve entelektüel çevreleriyle düzenli olarak mektuplaşan son derece sistemli bir düşünürdür.<sup>2</sup> Onun eserlerinin genel özelliği olarak, çok derin bir tarih ve teori bilgisi ile son derece yüksek entelektüel seviye dikkati çekmekte; böylece gerek eserlerini verdiği sırada, gerekse günümüzde bile bu denli çok etkiye sahip olabilmesi bir anlam kazanmaktadır. Schmitt, her biri birer klasik olarak görülen eserlerinde egemen, devlet ve hukuk düzenine ilişkin adeta nakış nakış işlediği ve sistemli bir mantık örgüsüyle hatırı sayılır bir ikna gücü temin ettiği satırlarıyla, hem modern düşüncenin bir ürünü olarak ulaşılan çoğulcu liberal teoriye karşı çıkmakta, hem de hukuki pozitivizmin hukuk kurallarının kaynağına ilişkin ortaya koyduğu normativizm fikriyatını reddetmektedir. Bu yönüyle Schmitt'in temellendirdiği bahse konu karşı duruşlar ve düşünürün kendisini konumlandığı yerin çerçevesi önem arz etmektedir.

Bu çalışma, Schmitt'in belirtilen bu karşıtlıkları üzerinden nasıl anlaşılacağı ve onun siyasete, hukuka ve böylece devlete yönelik kavramsallaştırmalarının mantığını kavrayabilme merakından beslenmiştir. Konunun araştırılmasında, onun egemen ve devlet tasavvuru ile olağanüstü hâle ilişkin teorisinin, günümüzde de epey ilgi çekiyor olması itibariyle yadsınamaz bir yararı bulunmaktadır. Ne var ki yazarın geniş bir külliyat mesabesinde olan eserlerinin bütünüyle incelenmesi belki kapsamlı monografilerin harcı olabilir. Bu itibarla bu çalışmada, yazarın bahse konu sorular bağlamında epey yoğun tartışmalar barındıran Siyasi İlahiyat ve Siyasal Kavramı adlı çalışmalarına inhisar edilmekle yetinilmiştir.

Schmitt'in ve düşünce yapısının daha iyi kavranabilmesi için çalışmanın birinci bölümünü oluşturan sayfalarda öncelikle onun modern tasavvura karşı gelişini de aydınlatan siyasi ilahiyat kavramı ve düşünürün bu bağlamdaki yeri konu edinilmekte, ikinci bölümde, yazarın siyasi olana ve devlete dair kavramsallaştırmaları ele alınmaktadır. Akabinde Schmitt'in ortaya attığı

<sup>1</sup> Dyzenhaus, David. "Introduction: Why Carl Schmitt?", *Law as Politics Carl Schmitt's Critique of Liberalism* (der. D. Dyzenhaus), 1. Basım, Duke University Press, Durham ve Londra, s. 2.

<sup>2</sup> Schmitt, Carl. *Siyasal Kavramı*, çev. Ece Göztepe, Metis Yayınları, İstanbul, 2014, s. 20.

önergeler bakımından nerede konumlandığı sorgulanmıştır. Bu yapılırken, yazarın günümüzde yapılan egemen, anayasa yapımı ve asli kurucu iktidar gibi tartışmalara yönelik yansımaları ile bu tartışmalarda Schmitt'ten yararlanma imkânları da sorgulanmaktadır. Böylelikle Schmitt'in hukuk ve politika yaklaşımının anlaşılır bir görünümüne erişmek amaçlanmıştır.

## I. MODERNLİĞE KARŞI GELİŞ OLARAK SİYASİ İLAHİYAT

### A. Genel Olarak

Carl Schmitt, en orijinal sayılabilecek görüşlerinden bir bölümünü, Siyasi İlahiyat adını verdiği eserinde serdetmiş bulunmaktadır. Katolik bir muhafazakâr olan Schmitt'in, Kilise içinde yer alan entelektüellerin münakaşa ettiği konulara ilgi gösterdiği, düşüncesinin sürekli olarak bu tür meseleler etrafında döndüğü ve Katolik Kilisesine, bir devlet teorisine ilham kaynağı olacak derecede mükemmelliğe ulaşmış otokratik yapısından ötürü hayran olduğu bilinir.<sup>3</sup> Bu bakımdan, Schmitt'in Kilise'nin yapısına ve ona dokunan konulara yönelik merakının, onun devlete ve politikaya ilişkin görüşlerine de yansıdığı görülmektedir. Schmitt'in hayat hikâyesine şöyle bir göz atıldığında, bu tespitin belirgin hatları karşımıza çıkarır. Nitekim 1888 yılında Westphalia'nın Plettenberg kasabasında demir yollarında çalışan bir babanın çocuğu olarak dünyaya gözünü açan Schmitt'in, yeteneğini fark eden Katolik mezhebine mensup bir papazın yardımlarıyla liseyi bitirip ailesinde bir ilki gerçekleştirmek suretiyle Berlin'de hukuk tahsili yapması ve bu hayat çizgisinin bir sonucu olarak, savunacağı devlet teorisinin temelini oluşturan Katolik Kilisesi hayranlığı<sup>4</sup> bahse konu tespite önemli dayanak noktaları sağlar. Böylece ki onun, liberal düşünceye şedit eleştiriler getirmesi ve onu adeta siyasetin düşmanı ilan etmesi, bir anlam ve bütünlük kazanmaktadır.<sup>5</sup> Gerçekten Schmitt'in, beslendiği bu kökenin de etkisiyle egemenliği kavrama ve anlamlandırma biçimi, onu adeta anayasal liberalizme bir düşman hâline getirmiştir.<sup>6</sup>

Schmitt'in düşünce yapısını daha iyi kavrayabilmek için, onun siyasi ilahiyat alanına dâhil edilmesini beraberinde getiren karşıtlık hâline odaklanmak gerekir. Nitekim Schmitt, döneminin hâkim söylemini üreten modern düşüncenin teorik iskeletine yönelik temelli bir karşı duruş hâli içindedir. Burada aslında, modern düşünceyle kesintiye uğrayan bir bütünlüğü devam ettirme çabası göze çarpmaktadır. Bu ise Schmitt'in teorisinin en belirgin yanlarından birini karşımıza çıkarır.

<sup>3</sup> Rütters, Bernd .“Yirminci Yüzyılın Siyasi Düşünürü: Carl Schmitt”, çev. Hüseyin Uzun/ Muaz Şeker, *KHUKA*, C. 9, S. 2, 2006, s. 135.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Schmitt, 2014, s. 100 vd. Schmitt, ana hatlarıyla siyasi olanın ne olduğunun anlaşılması ve buna ilişkin objektif kıstasların açığa çıkarılması çabasına hasrettiği bu eserinin sekizinci bölümünü, bütünüyle liberalizm eleştirisine ayırmaktadır. Liberalizmin siyasi teori ortaya koyamayacağı tezini barındıran bu satırlar, O'nun eserlerinin geneline yayılan modern düşünceye karşıt duruşunun adeta billurlaşmış bir numunesi gibi kendini gösterir. Schmitt'in bu tespitlerine ileride yeri geldikçe değinilecektir.

<sup>6</sup> Karahöyük, Mustafa. “Modern Ötesi Dünyada Yasaların Meşruiyeti”, *Alternatif Politika*, C. 9, S. 2, 2017, ss. 228-249, s. 239.

## B. Modern Düşüncenin İnkârı

Bilindiği üzere, modern düşüncüyü Descartes'in "*Düşünüyorum öyleyse varım*", mottosu ile başlatmak sık karşılaşılan bir kanaattir.<sup>7</sup> Descartes'in bu sözünün hemen arkasından "*Ben varsam tanrı da vardır; çünkü tanrının fikri bende vardır.*" düşüncesi gelir.<sup>8</sup> Böylece insanın kendini bir özne konumuna yerleştirip, tabiatı bir nesne eyleyişi; bunun bir yansıması olarak da, bütün politik ve ahlaki olanın kaynağının kendinde bulunduğu sonucuna ulaşması, modern düşünce açısından hayati bir kırılmanın gün yüzüne çıkmasını beraberinde getirmiştir.<sup>9</sup> Zira Descartes, bu iki önermesi ile Tanrıyı akledilebilirliğin bir parçası hâline getirmekte, doğrudan Tanrı ile özdeşleşen ben'in sonucunda, düşünce ile dünya da özdeşleşmektedir. Böylece, eski sosyal ve siyasi alışkanlıkların ürettiği, çok katmanlı, öngörülmesi zor kadim dünya çerçevesinden çıkılarak, rasyonel olarak içi doldurulması gereken bir boşluk şeklinde algılanan dünya düşüncesinin itişiyile, bütün sosyal hayatın, siyasetin ve kültürün yeni baştan tanımlanması kaçınılmaz hâle gelmektedir.<sup>10</sup> Descartes, felsefe ağacının kökü olarak gördüğü metafizikten yola başlayarak, buradan ilk olarak kendi zihnine ulaşip modern dünyayı bu benden hareketle inşa etmesiyle, özne esaslı bilgi ve varlık tasavvurunun temelini atmakta, böylece düşüncenin yatağını büsbütün değiştirmektedir.<sup>11</sup> Bu tavrın, modern öncesi düşünce ile bir kırılma noktası teşkil etmesi ise, Descartes'in bir nevi basite indirgenmiş bir ruh-madde ayrımını ortaya çıkarmasından kaynaklanır. Zira modern öncesi düşüncede ruh ve cisim, kendisini münhasıran iki varlık düzeyinin kesiştiği yer olan bedende gösterir. Benlik, sürekli birbirine zıt güçlerin eş zamanlı tesiri altında olduğu için onun hakkında genel geçer mahiyette rasyonel kurallar konulması mümkün olmadığından, bu durumda düşünce, insanın ruh ile cisim arasındaki irtibatı sürekli olarak yeniden kurmasını sağlayan bir hareketliliğe dönüşmektedir.<sup>12</sup> Bu bakımdan Kartezyen felsefedeki gibi, düşüncenin hayattan soyutlanması ve akabinde hayatın sıfırdan kurulup açıklanması mümkün olmayacaktır.<sup>13</sup>

Siyasi ilahiyat başlığı altında ifade edilen çalışmalar, işte tam da burada karşımıza çıkmaktadır. Nitekim modern felsefenin, bu başlangıç noktasından hareketle ulaştığı çok çeşitli düşünce alanlarının, bu şema altında mütalaa edilen düşünürlerce, modern yaşayışta köprü başı niteliği haiz pek çok krize sebebiyet verdiği ileri sürülmüştür. Bu bağlamda beliren çalışmaların teoloji alanında yapıldığı gibi, meselenin, siyaset düşüncesi alanında da ele alındığı görülür. Buna göre siyasi teoloji, bir bakımdan en genel anlamıyla, Roma Katolik Kilisesi ve Protestan ilahiyatçıların, yirminci yüzyılın ürettiği kültür krizi karşısında Hristiyanlığın temeliyle yoğun bir

<sup>7</sup> Balcı, Mehmet Emin. "Carl Schmitt'in Değerlendirmeleri Doğrultusunda Modern Toplumda Siyaset-Siyaset Dışı İlişkisi", *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 15, 2013, ss. 50-70, s. 61.

<sup>8</sup> Descartes, René. *İlk Felsefe Üzerine Metafizik Düşünceler*, çev. Mehmet Karahasan, MEB Yayınları, İstanbul, s. 170-171.

<sup>9</sup> Çınar, Aliye. "Politik Teoloji", *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2, 2014, ss. 1-20, s. 1-2.

<sup>10</sup> Balcı, 2013, s. 61.

<sup>11</sup> Aydoğan, Emine. "Descartes Metafiziğinde Tanrı Problemi", *Atatürk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 50, 2013, ss. 91-100, s. 91-93.

<sup>12</sup> Balcı, 2013, s. 62.

<sup>13</sup> Ibid.

yüzleşme teşebbüsüne girmeleri, bir bakımdan da politik zeminde modernizmin krizinin ayırıcına varma ve onu aşma çabası olarak görünüm kazanmaktadır.<sup>14</sup>

Schmitt'in hukuk ve politikaya ilişkin görüşlerinin, siyasi ilahiyat bağlamında nasıl konumlandığına geçilmeden önce, söz konusu düşünce kategorisinin siyaset alanında ne surette belirdiğinin açıklanması yararlı olacaktır. Zira bu bağlamda ortaya çıkan bütünlük, Schmitt'in felsefesinin her yönüyle kavranması bakımından yararlar barındırmaktadır.

Modern düşüncenin temsil ettiği yukarıda belirtilen yöntem, siyasi ilahiyatın saptamaları bakımından en kapsayıcı ifadelerle şu şekilde açıklanabilir: Siyasi ilahiyata bir konum atfetme sürecinde ilahiyat çalışmaları, Varlıkla Tanrının özdeşleştirilmesinin sonucunu analiz ederken, siyaset bilimi ise, düşünceyle devletin aynılaştırılmasının bedelini sorgular.<sup>15</sup> Siyasi ilahiyat tasavvurunun bu bağlamda ortaya çıkan pek çok örnekte, verimli bir düşünce imkânı meydana getirdiğini belirten Schmitt, dünyevileşme kavramı olmaksızın, tarihin son yüzyıllarının anlaşılamayacağını kabul ederek bu düşünce korosundaki parıltılı yerini almaktadır. Schmitt'in burada bir karşı duruşa yol açan ilk saptaması, zaman içinde siyasi olanın, 'total' olarak kabul edilmesinden başkası değildir.<sup>16</sup> Bu durumda, modern devlet düşüncesi bağlamında egemen olarak şahsi bir gücün yerine manevi bir gücün ikame edilmesi gerçekleşmektedir. Öyleyse gerek gerçek gerekse farazi (hukuki) kişilerden bahsedilsin, bundan böyle kişilerin hakimiyeti yerine kuralların ve manevi güçlerin hakimiyeti altında yaşanması söz konusu olmaktadır. Egemenliği altında kaldığımız bu güçlerin hüküm sürmesi, eksiksizce gerçekleşir. Bu ise onlara ilişkin, insan tabiatında yer almaları dolayısıyla bizatihi oradan kaynaklanmalarına duyulan inançtan ileri gelmekte; böylelikle sorunsuz işleyen bir itaat üretimi oluşmaktadır.<sup>17</sup> Ne var ki bu ana çerçeve içinde ortaya çıkan modern düşünce, kendi içinde belli başlı sorunlar ihtiva eder. Nitekim Schmitt'e göre, politik olanın unsurları, her ne kadar teorik zeminde bir formülasyona tabi tutulsa bile, onun gerçekte sahneye konuluşunun nasıl sonuçlanacağını kestirebilmek mümkün olmamaktadır. Ona göre, siyasi olan hususunda karar verici, önceden saptanmış bir ilke değil, ancak bir şahıs olmalıdır. Kararı veren bir şahıs olduğunda, onun şartların ansızın değişmesini kavrayıp, durumun gereğince vaziyet alması mümkündür. Fakat total bir yasanın bu tür durumları öngörmesi ve istisnai hâlleri fark edebilmesine imkân yoktur. Bu durumda zamanla ortaya çıkan farklılıklar yok sayılacak ve siyasi düşünce, önceden belirlenmiş kanunlara göre tekdüze bir hâlde işlemek zorunda kalacaktır. İşte liberal anayasacı pratikte görüldüğü gibi, herhangi bir biçimde baskılanan veya denetlenen değişik merciler arasında paylaştırılmamış (veya önceden saptanmış bir yasanın gereklerine göre işlemeyen) bir egemen, son derece acil bir durumun bulunup bulunmadığına ve bunu ortadan kaldırabilmek için ne yapılması gerektiğine karar verebilecektir. Zaten egemen, gerçek tanımına ve hüviyetine bu suretle kavuşabilir.<sup>18</sup>

Siyasi alanla ilgili bu tespitlerin ilahiyattan esinlenişi ise, politik teolojinin kendini klasik teizmin Tanrı anlayışına karşı çıkarken bulmasından ileri gelmektedir. Bu düşünce Antik Yunan'a kadar götürüldüğünde, Platon'un Devlet kitabında Tanrı ve teoloji kavramlarına yaklaşımı dikkat

<sup>14</sup> Çınar, 2014, s. 2-3.

<sup>15</sup> Çınar, 2014, s. 2.

<sup>16</sup> Schmitt, Carl. *Siyasi İlahiyat*, çev. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara 2014, s. 10.

<sup>17</sup> Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 28-29.

<sup>18</sup> Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 14-15.

çekici bir hâle bürünür. Gerçekten burada ne yaşayan bir Tanrı ne filozofların ne de paganların Tanrısı söz konusu olmayıp; kastedilen, politik bir cihaz veya “ölçülerin ölçüsü” olarak şehirlerin kuruluşunda, kitlelerin davranış kuralları belirlenirken riayet edilecek bir kıstastan başkası değildir.<sup>19</sup> İşte modern düşünce de bu tasavvurun dönüşmüş bir biçimi olarak karşımıza çıkar. Zira bütün gücü ve kudreti elinde toplayan şahıs Tanrı düşüncesi, nasıl hüviyet değiştirip, bir ölçü hâline geliyorsa, modern düşüncede de egemenin soyut, genel ve evrensel bir yasayla sınırlandırılması haklılaştırılmaktadır. Tam da burada Schmitt'in, modern kurumlar ile teoloji arasında kurduğu bağ akıllara gelir. Nitekim Schmitt, siyasetin modern dönemde karşımıza çıkan nerdeyse bütün kavramlarının ilahiyata dayanan bir kökeni olduğunu savunur.<sup>20</sup> Pek tabii bu kavramlar, kullanıma ve tatbika uygun bir şekle konulmak için dünyevileştirilmişlerdir. İlahiyattan devlet teorisine aktarılan kavramlara örnek olarak Schmitt, öncelikle kadir-i mutlak Tanrının, kadir-i mutlak bir kanun koyucuya dönüştürülmesini gösterir. Bundan başka, olağanüstü hâl kavramı, mucizenin ilahiyatta ifade ettiğinden başkası değildir. Ne var ki modern hukuk düşüncesi, tıpkı deizmin mucizeyi kovması gibi, egemenin yürürlükte bulunan hukuk düzenine doğrudan müdahale etmesi anlamını taşıyan olağanüstü hâli reddeder.<sup>21</sup> Dolayısıyla, Schmitt'in modern düşünceye tepki gösterme parametrelerini gün yüzüne çıkaran, onun ilahiyat tasavvurundaki dönüşümün modern düşünceye kaynaklık ettiği saptayışı olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim onun zihninde mucize kadar, devlet teorisindeki tezahürü olağanüstü hâlin de önemli ve vazgeçilmez bir yeri vardır. “*Egemen, olağanüstü hâle karar verendir.*” biçimindeki provakatif bir cümleyle başlayan Siyasi İlahiyat adlı eserinde sistemleştirdiği düşünceleri, bu saptamayı bütün çıplaklığı ile gözler önüne serer. Gerçekten onun olağanüstü hâl teorisinde, neredeyse Tanrı'nın seküler yansıması gibi ortaya konulan egemen, hukukun eşliğinde durup, normatif mucizeler meydana getirerek hayatı yasayla zapt eder ve düzeni sağlar ki bu durum, Tanrının mucizeler yaratıp gönülleri imanla doldurması sembolü altında, egemenin olağanüstü hâle karar vermek yoluyla hukuku çıplak hayata yerleştirmesi anlamına gelir.<sup>22</sup>

### C. Karar ve Olağanüstü Hâl Kavramı

Schmitt'in siyasi ilahiyat tasavvurunun iki temel kavram üzerine inşa edilebileceğini söyleyebilmek mümkündür. Gerçekten onun devlet ve anayasa teorisinin köşe taşı mahiyetindeki kavramları nedir diye sorulduğunda, mutlaka karar ve olağanüstü hâl cevabı verilmelidir. Kararın egemenliğin tespitindeki önemi, Schmitt'te bu kavramının son derece güçlü bir vurgu bulundurmasındandır. Nitekim ona göre kararlar ve değerlendirmeler her zaman gereklidir.<sup>23</sup> Bu kavramın, onun egemeni ve hukuku kavramsallaştırmasında taşıdığı önem, aynı zamanda hukuki pozitivizmi ve normativizmi aşmak için kullanılıyor olması suretinde de karşımıza çıkar.<sup>24</sup> Bu ise

<sup>19</sup> Çınar, 2014, s. 8.

<sup>20</sup> Karahöyük, 2017, s. 239.

<sup>21</sup> Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 41-42.

<sup>22</sup> Gök, Ömer Faruk. “Schmitt ve Benjamin: İki Olağanüstü Hâl”, *Hukuk Kuramı*, C. 4, S. 3, Mayıs-Haziran 2017, ss. 1-13, s. 8.

<sup>23</sup> Tuğrul, Saime. “Tek Tanrı'nın Aşkın Egemenliğinden Siyasinin İçkin Egemenliğine”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 46, S. 1, 2013, ss. 153-175, s. 172.

<sup>24</sup> Bezci, Bünyamin. “Modern Türkiye’de Meşruyetin Politik İçeriği: Schmittyen Bir Değerlendirme”, *Finans&Politik Ekonomik Yorumlar*, C. 44, S. 508, 2007, ss. 5-13, s. 7.



Schmitt'in ortaya koyduğu karşıt tavrın, tabii hukuk ve evrensel yasa fikriyatına yönelen cihet dışındaki diğer bir görünüm şeklidir.

Modern devlet teorisinin eleştirisi niteliğini taşıyan düşünce çizgisine karar kavramı ile başlayan Schmitt, buna gerekçe olarak, ancak kararın kendini normatif bağlardan kurtarabilip, gerçek manada mutlak hâle gelebilecek olmasını gösterir.<sup>25</sup> Nitekim Schmitt, böylece Kelsen'e karşı çıkışına da damgasını vuracak bir tespitte bulunmaktadır. Zira bir normun başka bir norma atıf yoluyla açıklanışı; bu yönüyle de devletin, hukuk düzeninin yanında veya dışında bulunan herhangi bir gerçeklik yerine saf hukuki ve normatif olarak geçerlilik taşıması gereken bir şey biçiminde telakki edilmesi, sonuç itibariyle egemenlik kavramına ilişkin sorunun, onu inkâr ederek çözümlüşünden başka bir şey değildir. Kelsen'in devletin ve hukuk düzeninin nihai bir temel norma dayanan atıf sistemi, (dolayısıyla, bir normun geçerliliğini ancak ve ancak diğer bir normda bulacağı ve bir silsile hâlinde her normun ona normatiflik özelliğini kazandıracak bir başka norma ihtiyaç duyduğu önermesi) egemenlik kavramının kökten bir tavırla dışlanmasını beraberinde getirmektedir.<sup>26</sup> Bu durumda, hukuk düzeninin açıklanmasında normatifliğin zincirlerinden kurtulmak gerekir. Şu hâlde hukuk, hiçbir zaman salt hukukun konusu olarak incelenemez ve bu bağlamda hukukun teşekkül süreci, ancak hukuku aşan politik bir süreçle izah edilebilir.<sup>27</sup> Bunu sağlayan ise karar eyleminden başkası değildir. Sonuçta hukuk, hem hukuku aşan siyasi bir karar anını, hem de aynı zamanda normları ihtiva etmektedir.<sup>28</sup> Düşünür bu mülâhazalarla, normativist yaklaşımın hukuka yönelik açıklamalarının isabetsiz olduğu görüşünü temellendirir.

Karar kavramından ayrılamayacak ve dahası ona bir içerik kazandıracak diğer kavram ise istisnadır. Denilebilir ki Schmitt, egemenlik teorisini bütünüyle istisna hâli üzerine inşa etmiştir. Ona göre siyasi birliğin tesis edilmesinin ön şartı, kriz anında alınan karardır.<sup>29</sup> İstisna hâli, Schmitt'in bütün eserlerinde kendini göstermektedir.<sup>30</sup> Ona göre, özellikle somut yaşayışın felsefesi, istisnadan ve ekstrem hâlden elini eteğini çekmemelidir. Çünkü istisna, kuraldan daha önemli olabilmektedir. Bu ise istisna durumu yardımıyla, tekrar edenin aşikâr genellemelerinden daha derine inmenin mümkün olmasından ileri gelir. İstisnai durum, normal bir durumdan daha ilginçtir. Dahası, normal olanla hiçbir şey ispatlanamaz ama istisna her şeyi ispatlar. Daha belîğ bir ifadeyle, istisna münhasıran kuralı ispatlamakla kalmaz, kural yalnızca istisna sayesinde yaşar. Üstelik istisna durumunda gerçek hayatın kuvveti, tekrarlanmaktan katılmış ve rutinleşmiş mekanizmanın kabuğunu kırmaktadır.<sup>31</sup>

İstisnai durumun gerçek hayattaki görünüşleri arasında gösterilebilecek olan olağanüstü tedbirler, siyasi hadiselerin bir sonucu olduğu için bunu hukuk perspektifinden anlamak zorlaştığından, istisnai hâli bizatihi kendi kendisinin yasal formu olarak anlamak gerekir ki

<sup>25</sup> Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 19.

<sup>26</sup> Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 25-28.

<sup>27</sup> Kardeş, Murat Ertan. *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı: Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Felsefesi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s. 24-25.

<sup>28</sup> Türkeli, Gözde. "Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, 2020, ss. 980-1005, s. 983.

<sup>29</sup> Kardeş, 2015, s. 47.

<sup>30</sup> Özcan, Şefik. *Siyasi teoloji ve Sanatsal Olanın Tanımı II*, SkopBülten Ağ Sitesi, [http://www.eskop.com/skopbulten/siyasal-teoloji-ve-sanatsal-olanin-tanimi-ii/1661#\\_ednref1](http://www.eskop.com/skopbulten/siyasal-teoloji-ve-sanatsal-olanin-tanimi-ii/1661#_ednref1), (Erişim Tarihi: 01.01.2018).

<sup>31</sup> Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 22.

hukukun hayata girmesi de istisnai durum sayesinde gerçekleşir. Hukukun askıya alınmasının hayat içinde vuku bulduğu göz önüne alınınca, istisnai durum, insanın hukukla ilişkiye girmesinin bir eşiği olarak anlaşılabilir. Şu hâlde, bir taraftan hukukla siyasi davranış, bir taraftan hayat ile hukuki düzen arasında bulunan bu belirsiz sahanın üzerindeki örtüyü kaldıracak, bunlar arasında mevcut olan ayrımı ve birbirlerini hangi anlam ve surette gerektirdiklerini deşifre edecektir. Bu bakımdan istisnai olanın esas anlamı, hukukun kendi kendini askıya alması ve böylece, onun hem insanı hem de hayatı ihata eden bir güç olarak ortaya çıkması gerçeğiyle anlaşılabilir.<sup>32</sup> Bu noktada Schmitt'in hukuku kendine has bir alan olarak kabul etmeyip, onun devletçe istenildiği zaman askıya alınabileceğini savunması, esasen normativist liberal hukuk düşüncesini eleştirme amacına dayanır ve bu bağlamda onun normativizme karşı desizyonizm mücadelesi içine girdiği görülür.<sup>33</sup>

Son olarak ifade etmek gerekir ki, bugün de sıklıkla rastlanıldığı gibi olağanüstü hâlin Anayasada bir hukuki müessese suretinde öngörülmesi mümkündür. Ne var ki hukuki rejimi önceden belirlenmiş söz konusu anayasal kurumun, Schmitt'in egemenliğin kaynağı olarak tasavvur ettiği olağanüstü hâl ile tam olarak bağdaştığı söylenemez. Yazarın olağanüstü hâlden kastettiği, olağan dışı tedbirlerin uygulanmasını icap ettiren her çeşit acil, ciddi, ekonomik veya siyasi karışıklık durumudur.<sup>34</sup> Anayasada önceden düzenlenmiş olan olağanüstü hâl müessesesi bu bağlamda elverişli bir zemin sunmaz. Nitekim olağanüstü hâle yönelik kararın, herhangi bir norm ile öngörülmesi, şarta bağlanarak çerçevelendirilmesi veya sınırlandırılması mümkün değildir, zira böylesi durumlarda siyasi birlik olarak devletten bahsetmeye imkân kalmaz.<sup>35</sup> Şu hâlde olağanüstü hâle ilişkin irade, önceden belirlenmiş hukuki bir karar olarak nitelendirilemeyecek, bilakis siyasi bir hüviyet arz edecektir. Schmitt'in olağanüstü hâlinin, Anayasada öngörülmüş ve bu suretle çerçevelenmiş olağanüstü hâlden farklılaşması, böylesine bir düşüncenin yürürlükteki anayasal düzenle bağlı olmayan, hukukla kayıtlı olmaksızın yeni bir düzen ihdas eden asli kurucu iktidar teorisine de göz kırpmış olduğunu ortaya koymaktadır. Öyleyse Schmittçi anlamda asli kurucu iktidarın, anayasayı ilk olarak yapan, asli nitelikte bir siyasi karar ve irade olarak tanımlanması mümkün hâlde gelir. Asli kurucu iktidarın halka ait olması durumunda, siyasi varlığının ayırdına varmış, kendi siyasi kaderi ve birliği için asli mahiyette bir karar veren ve irade kullanan halktan bahsetmek olanaklı olmaktadır.<sup>36</sup> Bu sonuç, asli kuruculuk teorisinin anlamlandırılması noktasında Schmitt'in bizlere yadsınamaz ve kayda değer bir zemin sunmuş olduğunu açıkça gözler önüne serer. Nitekim asli kurucu gücün, anayasal düzeni tesis ettiği sırada, gerek anayasanın değiştirilme usulü nevinden şekli hususlar, gerekse içerik yönünden herhangi bir çerçeve ile kayıtlanamaması,

<sup>32</sup> Agamben, Giorgio. "İstisnai Durum, Hukuk Devleti ve Saf Şiddet: Politik Olanın Özü", çev. D. Naci Kadızade, *Tezkire Düşünce Siyaset Sosyal Bilim Dergisi*, S. 34, Eylül-Ekim 2003, s. 62.

<sup>33</sup> Güran, Enes. "Carl Schmitt: Olağanüstü Halde Hukuk", *Felsefe Arkivi*, C. 46, S. 1, 2017, ss. 21-40, s. 32. Schmitt, kararcı hukuk anlayışı olarak adlandırılan bu yaklaşımı uzun yıllar sürdürmekle birlikte, ilgisi anayasa hukukundan uluslararası hukuka doğru kaydıkça, kararcılığın bu alandaki bazı meseleleri açıklamakta yetersiz olduğunu fark ederek bu defa 'somut düzen'e dayalı hukuk anlayışını ortaya koymuştur. Daha geniş bilgi için bkz. Karadağ, Ulaş. "Schmitt'in Uğrakları Üzerine: 'Kararcılık'tan 'Somut Düzen'e", *Hukuk Kuramı*, C. 5, S. 2, 2018, ss. 1-10.

<sup>34</sup> Yılmaz, Sibel. "'İstisna Hali' Üzerinden Bir Egemenlik Kavramı Tartışması Schmitt ve Agamben'in Teorileri Hakkında Bir Çalışma", *TBB Dergisi*, S. 132, 2017, ss. 383-410, s. 385.

<sup>35</sup> Böckenförde, Ernst-Wolfgang. "The Concept of Political: A Key To Understand Carl Schmitt's Constitutional Theory", *Law as Politics Carl Schmitt's Critique of Liberalism (der. D. Dyzenhaus)*, 1. Basım, Duke University Press, Durham ve Londra, s. 41-43.

<sup>36</sup> Göztepe, Ece. "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in Anayasa Öğretisi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 73, S. 1, 2015, ss. 129-180, s. 144.

bu itibarla hukuk dışı bir vâkıa oluşu, Schmitt'in kavramsallaştırmaları içinde kendisine oldukça ferah bir biçimde yer bulabilmektedir. Schmitt, her ne kadar egemenin (dolayısıyla burada, anayasa hukuku bağlamındaki asli kurucu iktidarın) kim olduğu konusunda bir tercihte bulunmamış olsa da, bu tür bir düzeneğin içine halkın yerleştirilmesini engelleyen hiçbir şey yoktur. Böylelikle Schmitt'in kavramsallaştırmaları üzerinden günümüz anayasal demokrasilerinde egemenlik meselesi üzerine fikir yürütebilmek pekâlâ mümkün olabilmektedir.

Nihayet Schmitt'in tasarladığı anlamda olağanüstü hâl kaostan ve anarşiden de farklı olduğu belirtilmelidir. Çünkü burada hukuk askıya alınsa bile devlet baki olmakta, böylelikle hukuki olmasa da bir düzen bulunmaktadır.<sup>37</sup> Bir şekilde düzenin varlığına ilişkin söz konusu tasavvur, anarşist yaklaşımları devre dışı bırakır.

Böylelikle Schmitt'in hukuk düzeni ile devletin açığa kavuşturulması zemininde egemeni algılayış biçiminin ana hatları belirginleşmiş olmaktadır. Görüldüğü üzere Schmitt'in teorisinde, norm ile karar birbiriyle özdeşleşemez iki unsur olarak tanıtılsa da, daha yakından incelendiğinde, Schmitt'in norm ile kararı ve istisnai durum ile hukuk düzenini birbirine eklemlenmeye çalıştığı müşahede edilebilir.<sup>38</sup> Genelde hukuki pozitivizmin, özelde de Kelsen'in tartışılmaz bir gerçek olarak kabul ettiği normun ancak bir başka normdan türeyebileceği önermesini reddederken Schmitt, normun ancak karar ile kavranabileceğini ve hukuk düzenini açığa vuran şeyin istisnai durum olduğunu ifade etmektedir. Zira ona göre hukuk temelde başka hiçbir norm ile öncelenmeyen bir kurucu andan doğmaktadır ki bu durumda olağanüstü hâl ancak hukuk düzeninin kurulmasının bir aracı olarak tasarlanır. Bu yaklaşıma, Schmitt'i, olağanüstü hâli erişilmesi gereken bir amaç olarak gören anarşist yaklaşımlardan ayıran önemli bir nokta olarak işaret edilebilir.

## II. SİYASİ OLAN NEDİR?

Carl Shmitt'in genel olarak egemen ve hukuk düzeni bağlamında siyasi ilahiyat tasavvuru çerçevesiyle de ilintilenen teorisine temas ettikten sonra, şimdi de siyasi olanın ne olduğuna ve diğer kavramlardan ayırt edilmesine sıra gelmektedir. Schmitt, bu soruya yönelik çözümlerinin yer aldığı *Siyasal Kavramı* adlı kitabına, “*Siyasal kavramı devlet kavramından önce gelir.*” biçimindeki provoke edici cümle ile başlar.<sup>39</sup> Schmitt, bu şekilde, kitabın devamında derinlemesine analiz edeceği teorisinin ipuçlarını verdikten sonra, o dönem literatürde devletin tanımlanmasına yönelik önermeleri tenkit eder. Zira devletin genellikle, muayyen bir toprak parçasında örgütlenen bir halkın siyasi statüsü olarak tanımlandığı görülmektedir. Ne var ki bu tanım devletin ancak bir tasviridir ve herhangi bir kavramsallaştırma içermez. Bunun yapabilmek içinse Schmitt'e göre siyasi kavramının iyice idrak edilmesi gerekir. Şu var ki siyasi olanın izahı da önemli ölçüde yetersizlik taşımaktadır. Zira genellikle siyasi kavramı, devlete yönelik olanla eşdeğer kabul edilmektedir. Böylece devlet siyasi olan, siyasi olan da devletle ilgili bir şeydir demek anlamına gelen, hiç de tatminkâr olmayan bir açıklama yapılmış olur.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Yılmaz, 2017, s. 388.

<sup>38</sup> Günsoy Kaya, Funda. *Felsefe ile Teolojinin Kavşağında: Schmitt ve Strauss'ta Politik Olan*, Paradigma, İstanbul, 2010, s. 131.

<sup>39</sup> Schmitt, Carl. *Siyasal Kavramı*, çev. Ece Göztepe, Metis, İstanbul, 2014, s. 49.

<sup>40</sup> Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 49.

Hukuk literatüründe siyasi kavramına yönelik yapılmakta olan muhtelif tanımlar da Schmitt'in eleştirisi oklarına hedef olmuştur. Ona göre bu tanımlama biçimleri, ancak maddi meselelerin idari veya hukuki çözümüne dair pratik-teknik menfaat bakımından bir anlam taşımaktadır ve içeriklerini ancak sınırları dahilinde buldukları devleti tartışmasız bir ön kabul olarak ikrar etmelerine borçludurlar.<sup>41</sup> Bu yönüyle bahse konu tanımlamalar, devleti varlıkları itibariyle kapsamında yer aldıkları devlete içkindirler ve devletin taşıdığı özelliğe göre bu kavramlar da belirli bir anlam şemasına erişirler. Sonuç olarak, böylesine göbek bağıyla bağlı oldukları, dahası onun içinde ve havasında varlık kazandıkları bir yapıyı tanımlamaktan acizdirler.

Peki bütün bu yetersizlikler karşısında ne yapmak gerekir? Siyasi olanın çerçevesi nasıl açıklanmalı, herhangi bir şeye siyasilik özelliğini katan unsurlar diğerlerinden nasıl ayırt edilmelidir? Schmitt'e göre, o güne kadar bu konu derinlemesine incelenmemiş ve ortaya konulan açıklamalar da tatmin edici merhaleye erişmemiştir. Schmitt, bu noktada siyasi kavramının, ancak ve ancak özgül siyasi kategorilerin keşfedilip siyasi eylemi doğuran kendine özgü nihai ayrımların belirlenmesiyle tanımlanabileceğini bildirir. Gerçekten ona göre, nasıl ki ahlak alanında nihai kıstas iyi ve kötü, estetikte güzel ve çirkin, ekonomide kârlı veya kârsızdır, politik alanda da nihai olmak bakımından tıpkı bu ayrımlara benzeyen ancak onlardan bağımsız ve kendinden açıklayıcı bir ayırım aramak gereklidir. İşte bütün bu özellikleri bünyesinde toplayan ve siyasi olanı basit ve nihai bir biçimde açığa çıkaran kriter, Schmitt'e göre dost-düşman ayrımıdır.<sup>42</sup> Bu ayırım ile politik olanın ahlak, ekonomi ve sair alanlardan bağımsız olduğu sabitleşince, siyasi hayat, taraflar arasında demokratik bir yolla kendini gösteren bir diyalog, bir fikir teatisi ortamı olmaması yanında, aleni ve hür bir tartışma sürecinin sonunda varılan ve dışlama barındırmayan bir rasyonel konsensüs zemininde de idrak edilmez; zira politik olan dost kategorisine dâhil olmayı, dolayısıyla "biz"den olmayı dışarıda bırakan bir homojenlik barındırır.<sup>43</sup>

İlk duyulduğunda kışkırtıcı gelen bu ayırım bakımından yapılması gereken ilk açıklama, bunun münhasıran kavramsal bir kriter olduğu ve bu hâliyle muhtevaya ilişkin bir şey söylemediğidir. Öte yandan bu tam anlamıyla diğer ayrımlardan da bağımsızdır. Nitekim siyasi düşmanın ahlaki yönden kötü, estetik bakımdan çirkin yahut ekonomik açıdan rakip olması şart değildir, bunların tam tersi de geçerli olabilir. Önemli olan siyasi düşmanın bir yabancı ve öteki olmasıdır ki bunun için siyasi düşmanın varoluşsal manada en kesif hâliyle başka bir varlık ve yabancı olması yeterlidir.<sup>44</sup>

Schmitt, eserinde düşman kelimesinin günlük dilde algılanış biçimi ile teorisinde dayandığı mananın farklı olduğunun altını çizer. Nitekim diğer pek çok dilde olduğu gibi Almancada da şahsi ve kamusal düşman arasında bir ayırım yapılmadığı, başka bir ifadeyle her iki konsept de aynı kelime aracılığıyla ortaya konulduğu için bu durumun çok sayıda yanlış anlaşılmaya ve mugalataya yol açmasından yakındır. Ona göre, dost-düşman ayrımının, iktisadi, ahlaki ve diğer düşüncelerle, hele hele şahsi duygu ve temayüllerin ifadesiyle karıştırılmaması icap eder. Schmitt'e göre burada önemli olan, faraziye veya normlar değil, dost-düşman ayrımına yönelik

<sup>41</sup> Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 50-51

<sup>42</sup> Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 56-57.

<sup>43</sup> Günsoy Kaya, Funda. "Politik Olan'ın Nötralizasyonu ve Devrimci Politika: Carl Schmitt'in Marx Okuması", *Kaygı*, S. 19, 2012, s. 146.

<sup>44</sup> Schmitt *Siyasal Kavramı*, s. 57.

varoluşsal bir hakikat ve bu ayrımın gerçekten hayat bulma ihtimalidir. Şu hâlde düşman rakibimiz veya genel manada hasmınız olmadığı gibi, antipatik duygularla nefret ettiğimiz kimseler de değildir. Düşman yalnızca gerçek bir ihtimal olarak, insanlardan teşekkül eden bir bütün karşısında mücadele veren benzer bir bütünden ibarettir. İnsanlardan meydana gelen bir bütünlük ise bünyesinde *kamusallık* vasfı taşıdığından, düşman da münhasıran kamusal düşman olacaktır.<sup>45</sup>

Dost-düşman ayrımının daha açık bir hâl alması açısından kelimelerin polemik değerleri önem taşımaktadır.<sup>46</sup> Nitekim Schmitt, her siyasi kavramın, tasavvurun ve kelimenin polemik bir mahiyeti olduğunu; bunların tamamının, somut bir karşıtlığa odaklanmalarının yanında, nihai sonucu dost-düşman karşıtlığı olan somut bir bağlama sahip oldukları ve bu bağlam kaybolursa, yalnız boş ve anlamsız bir soyutlamaya dönüşeceklerini ifade eder. Söz gelimi devlet, cumhuriyet, toplum, sınıf, egemenlik, hukuk devleti, mutlakiyetçilik ve sair kelimeler, şayet bunlarla somut olarak kimin amaçlandığı, olumsuzlandığı, izale edilmeye uğraşıldığı veya kiminle mücadele edildiği bilinmiyorsa, hiçbir mana ihtiva etmeyeceklerdir.<sup>47</sup> Schmitt, böylece siyasi alana ait olduğunu bildiğimiz her kavramın, temelinde dost-düşman ayrımına ilişkin bir tercih barındırdığını ortaya koymakta ve söz konusu kriterin, bağımsız ve nihai olarak siyasi olanın ayırt edilmesi işini mükemmelen temin ettiğini ispatlamaktadır.

Görüldüğü üzere bütün eylemlerin ve saiklerin özgül siyasilik kriteri kendisini dost-düşman ayrımında bulmakta ve devlet, siyasi kavramı tarafından belirlenmektedir.<sup>48</sup> Şu da var ki dost-düşman ayrımı tarafsızlığın muhal ve siyaseten mantıksız olduğu sonucunu doğurmaz. Nitekim Schmitt'e göre, bütün siyasi kavramlar gibi tarafsızlık da, hakiki bir ihtimal boyutunda mevcut olan dost-düşman ayrımına yönelik bir ön şarta dayalıdır; zira dünyada yalnızca tarafsızlık kavramı bulunsaydı, bu hâlde hem savaş hem de tarafsızlık kavramının sonu gelmiş olurdu. Buna benzer biçimde mücadeleye dair gerçek ihtimal de ortadan kalkarsa, mücadeleden geri durma siyaseti de dâhil her nevi siyaset son bulmuş olacaktır ki bu durumda esas olan, mücadeleye ilişkin gerçek ihtimal ve bu durumun bulunup bulunmadığına yönelik verilen karardan başkası değildir. Bu yönüyle mücadelenin geri dönülmez biçimde ortadan kalktığı bir dünya dolayısıyla pasifize edilmiş bir yer küre, dost-düşman ayrımının bulunmadığı, binaenaleyh siyasetin de olmadığı bir dünya hâline gelmiş demektir.<sup>49</sup>

Burada dost-düşman ayrımının temelini başka saikler meydana getirebilir mi sorusu da akla gelmektedir. Schmitt, bu ayrımın dini, ahlaki, ekonomik veya başka sebeplerden kaynaklanabileceğini, ne var ki siyasi olmayan bu ölçülerin, dost-düşman ayrımına sebep oldukları andan itibaren geri plana itilecekleri ve artık siyasi birliğin yeni cevherini teşkil edeceklerini belirtmektedir. Böylelikle dost-düşman ayrımının gücü ve tayin ediciliği dolayısıyla siyasi olmayan bir karşıtlık, siyasi hâle gelmektedir. Siyasi olan, daima kriz anına odaklanmış bir gruplaşmadan ibarettir. Bu gruplaşma ise her zaman tayin edici insani bir gruplaşma, dolayısıyla

<sup>45</sup> Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 58-59. Schmitt burada kullanılan düşman kelimesinin Eski Yunancadaki *hostis* kelimesine karşılık geldiği, bu yönüyle de şahsi nefreti ifade eden *inimicus* kavramından ayrıldığını ifade etmektedir. Detaylı bilgi için kitabın 59. sayfasındaki dipnota bakılabilir.

<sup>46</sup> Mızrak, Dilan / Temiz, Özgür. "Hukuk ve Politika Türkiye'de Yaşanan Olağanüstü Dönemlerin Edebiyat Eserleri Işığında İncelenmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 67, S. 2, 2009, ss. 77-97, s. 86.

<sup>47</sup> Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 61.

<sup>48</sup> Göztepe, 2015, s. 137.

<sup>49</sup> Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 65.



siyasi bir birliktir. İşte tayin edici ve egemen olan da bu birliktir. Egemenlikle kastedilen ise, istisnai duruma denk gelen tayin edici hâle karar verme yetkisinin hep bu gruplaşmada olmasıdır.<sup>50</sup> Dolayısıyla devlet, yalnızca halkın dost ve düşman arasında bir ayırım yapmaya yönelik siyasi kararı neticesinde meydana gelmekte ve bu yolla halk, kendisini başka halklardan ve onların siyasi birliklerinden farklılaştırmaktadır. Nitekim bir halkın siyasi birlik olmaya dair kararı bir dışlama ölçüsüne muhtaçtır ki bu da öteki veya düşmandır.<sup>51</sup>

Schmitt'in devletin layıkıyla anlaşılmasının yolu olarak sunduğu siyasal kavramına yönelik bu tasavvurunun, kitabın yazıldığı dönemin şartlarından da etkilendiği savunulabilir.<sup>52</sup> Nitekim Weimar Anayasasının kabulü esnasında ve sonrasında meydana gelen çoğulculuk ve zıt siyasi grupların birbirini tehdit eden gücünün, Schmitt'in nazarına devleti tehlikeye düşüren bir unsur olarak görüldüğü, bu bakımdan dost-düşman ayrımıyla içte siyasi birliğin tesisine gayret ettiği söylenmektedir.<sup>53</sup> Bu değerlendirmenin Schmitt'in diğer eserleriyle de örtüşen ve kitabın geneline hâkim olan çoğulcu ve liberal sistem karşıtlığıyla uyduğu görülmektedir. Nitekim çoğulcu liberal anlayışın, fertlerin taşıdıkları farklı kimlik ve mensubiyetlerini yeknesaklaştıracak bir normlar manzumesi dayatmayan, var olan başkalıkların saygıyla karşılanmasını, sürdürülmesini, korunmasını ve sosyal hayatta görünür kılınmasını sağlamak için çabalayan yapısı, Schmitt'in tasavvuruyla büsbütün karşıt bir görünüm arz eder. Liberal düşünce ve çoğulculuğun kaynaştığı bu tasavvur, bireyin kendi yaşayışına neyin anlam katacağına yönelik kanaatlerinin, böyle bir hayat tarzını imkânsız kılacak ölçüde sınırlanmasını engelleyen değer çoğulculuğunu; etnisite, dil, din, ırk, azınlık ve çoğunluk gibi ayrımları dikkate almayan eşitlik temeline dayalı bir insan hakları savunusunu ve ayrıca özünde güçlü ve etkili bir devlet eleştirisi barındıran siyasi çoğulculuğu bir araya getirmektedir.<sup>54</sup> Öyleyse marjinal sayılsalar bile bütün değer ve kanaat farklılıklarını eşit ölçüde muteber ve korunmaya layık gören çoğulcu liberalizm, bütün bu farklılıkları hukuk düzenin himayesi altına almak ister. Bu ise hukuki bir eşitlik yaklaşımının benimsenmesini zorunlu kılmaktadır. Ne var ki Schmitt'in siyasi olanın tanımında başat ölçü olarak kabul ettiği dost-düşman ayrımı, doğrudan doğruya eşitlikçi olmayan bir durum meydana getirmekte, bu ise onunla liberal çoğulculuk arasında önemli bir zıtlık olarak dikkati çekmektedir.<sup>55</sup> Dolayısıyla Schmitt'in, çoğulcu liberal düşüncenin hukuk tasarımına bütünüyle bayrak açmış olduğu görülebilmektedir.

<sup>50</sup> Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 68-69.

<sup>51</sup> Göztepe, 2015, s. 137.

<sup>52</sup> Karaaslan, Ebuzer. "Schmitt'in Hayaleti ve Parlamentarizmin Krizi", *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 23, S. 91-92, 2018, ss. 179-200, s. 188 vd.

<sup>53</sup> Göztepe, 2015, s. 137.

<sup>54</sup> William, Galston. *Liberal Çoğulculuk: Değer Çoğulculuğunun Siyaset Teorisine ve Uygulamasına Yönelik Sonuçları*, çev. Zeynel Abidin Kılınç, Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, Sakarya, 2012, s. 40.

<sup>55</sup> Öğretideki genel kanaatin aksine Schmitt'in liberal olarak görülmesinin mümkün olduğunu savunan bir çalışma için bkz. Öztürk, Armağan. "Schmitt'in Liberalliği", *Felsefe Arkivi*, C. 46, S. 1, 2017, ss. 71-88.

## SONUÇ

Son zamanların en çok ses getiren kamu hukuku teorisyenleri arasında zikredilebilecek olan Carl Schmitt'in bu şöhretini gerek hayat çizgisine gerekse eserlerine borçlu olduğu söylenebilir. Bu çalışmada, önemli olması dışlanmamakla birlikte Schmitt'in biyografisine odaklanmak yerine onun eserleriyle hangi düşünce yapısını temsil ettiği konusu aydınlatılmaya çalışılmıştır. Schmitt'in modern düşünceye ve onun yol açtığı sonuçlara karşı çıkmak bakımından, başlıca eserlerinden birine de adını verdiği gibi, siyasi ilahiyat çalışmaları içinde konumlandırılması gerekir. Nitekim Schmitt, liberal düşüncenin dayandığı egemenin evrensel ve önceden belirlenmiş bir yasa temelinde algılanmasına tepki göstermekte, bu düşüncenin istisnai durumları kavramayacağı, yalnız belirli bir kimsenin ele avuca sığmayan siyasi durumdan haberdar olmasının ve olağanüstü bir hâlin varlığını idrak edip gerekli tedbirleri almasının mümkün olabileceğini ifade etmektedir. Schmitt, tıpkı şahıs Tanrı yerine onun yalnızca genel mahiyette iradesinin etkin kılındığı sınırsız bir benlik düşüncesinden yola çıkılarak evrensel, genel ve total bir yasaya ulaşılması gibi, olağanüstü hâl kavramını da mucizenin içi boşaltılmış bir biçimi olduğunu kabul etmekte ve deist dünya tasavvurunun mucizeyi kovması misali, modern düşüncenin de olağanüstü hâli reddettiğini belirtmektedir.

Nasıl ki modern tasavvurun deist düşünceden hareketle ulaştığı egemen kavramı hatalıysa, Schmitt'e göre, olağanüstü hâlin saf dışı bırakılması da o ölçüde hata içerir. Zira ona göre, adeta insanın hukukla ilişkiye girme eşiği olan istisnai durum, yalnızca kuralı ispatlamakla kalmamakta, kural sadece istisna sayesinde yaşayabilmektedir. Ayrıca istisnai durumda gerçek hayatın kuvveti, yinelenmekten katılaştan mekanizmanın kabuğunu kırmakta ve normal olanın ispatlayamadığı her şeye bir açıklama getirmektedir. Schmitt'in tasavvurunda bu ölçüde belirleyici olan olağanüstü hâl, aynı zamanda, onun varlığına karar verenin egemen olarak kabul edilmesini de beraberinde getirir.

Egemen kavramının daha iyi anlaşılmasına yardımcı olan bir diğer husus ise Schmitt'in siyasi olanın mahiyetine yönelik açıklamalarıdır. Schmitt, siyasi kavramını bize nihai ve özgül olarak bildiren ölçünün dost-düşman ayrımı olduğunu bildirir. Nitekim ona göre siyasi olan bütün kavramlar bünyelerinde bir polemik anlam taşırlar ve varlık şartları ancak bir şeyin öteki sayılmasına veya olumsuzlanmasına bağlıdır. Böyle bir mücadele durumu bulunmadığı zaman, Schmitt'e göre siyasi olandan bahsedebilmek mümkün değildir.

Bütün bu anlatılanlardan anlaşıldığı üzere Schmitt, liberal düşüncenin büsbütün karşısında durmaktadır. Öte yandan yazarın normativist olmadığı da açıktır. Onun pozitivist düşüncenin de yer yer beslendiği normativizme muarız oluşu acaba tabii hukuk yaklaşımını mı benimsiyor, sorusunu akla getirebilir. Ancak yukarıda siyasi ilahiyat tartışmaları sırasında açıkça ortaya çıktığı gibi Schmitt, tıpkı ilahiyatta deist düşüncenin mucizeyi kovması gibi, buna paralel olarak modern düşüncenin de olağanüstü hâli saf dışı bıraktığı ve egemenin tabiatta yer alan genel yasaya indirgenliği tespitine varmak suretiyle esasen tabii hukuk düşüncesine de cephe açmış olmaktadır. Öte yandan yazarın sosyalist içerikli bir kavramsallaştırma yaptığını söylemek de mümkün değildir. O hâlde bütün bunlar karşısında Schmitt nerede konumlanmaktadır?

Belirtmek gerekir ki Schmitt, gerek siyasi ilahiyat, gerekse siyasal kavramı adlı eserinde derinden derine eleştirdiği modern düşünceye, bu bağlamda normativizm, liberal çoğulculuk ve

tabii hukukçuluk tasavvuruna bayrak açarak, kendisini bambaşka bir yerde konumlandırır. Yazarın da yer aldığı bu kategori, esasen bir yönüyle siyasi ilahiyat şemsiyesi altında değerlendirilebilirse de, Schmitt ortaya koyduğu politika ve hukuk yaklaşımıyla, bahse konu tartışmaları da aşan bir yerde durmaktadır. Nitekim her ne kadar eserlerinde siyasi ilahiyat yaklaşımı üzerine kafa yormuş olsa da, düşünürün muhakeme zinciri devlet ve hukuka dair önemli konulara ulaşan çok geniş bir yelpazeye uzanmaktadır. Yazarın yaklaşımı nitelenecek olduğunda, ilk olarak kendi ifadesiyle desiyonist (kararcı) biçiminde adlandırılabilir. Bundan başka egemenlik kavramı türünden siyasi ve hukuki meselelere rasyonalist yahut idealist düşünceden farklı olarak varoluşsal yönden ve somut düzlemde yaklaşması sebebiyle Schmitt'te realist bir politik yaklaşımın mevcudiyetini saptayabilmek de mümkündür.

Bütün bunların yanında Schmitt'in eleştirdiği düşüncelerden bağımsız bir politik görüş kurguladığı ve benimsediği yaklaşımla bu görüşün iskeletini mükemmelen biçimlendirdiği de söylenmelidir. Esasen yazarın yaptığı şey, tam olarak bir çeşit form tasarlamak biçiminde anlaşılabilir. Gerçekten Schmitt, bir form icat etmiş ve bu formun yapısını, unsurlarını ve şartlarını da kendi kavramlarıyla baştan sona kurgulamıştır. Bu tasarımın büsbütün farklı emellerle kullanılabilmesi mümkündür. Zira egemenin olağanüstü hâle karar veren olduğu bir düzlemin, bir diktatör kadar, oligarşik bir zümreyle yahut anayasa hukukundaki asli kurucu iktidar teorisiyle örtüşecek şekilde millet iradesiyle doldurulabilmesi mümkündür. Bu itibarla herkes Schmitt'i kendi baktığı noktadan farklı biçimde ve farklı anlamda görebilir. Bu yönüyle Schmitt'in, ortaya koyduğu politik düşünce bağlamında, kendine has bir yerde durduğu söylenebilecektir.

Gerçekten yukarıda da ortaya konulduğu üzere, Schmitt'in egemenlik, devlet ve politika üzerine kurguladığı yaklaşımının, dönemin son derece işlevsiz ve krizlerle örülü Weimar düzenine bir tepki olarak anlaşılması mümkündür. Bu durumda Schmitt'in, liberal demokratik anlayışın egemeni önceden belirlenmiş genel bir yasaya indirilmesi karşısında, hukuku askıya alarak olağanüstü hâle karar verebilen kudretli bir figürü dikmesi, çok geçmeden ortaya çıkan Nazi idaresi ve bu sırada düşünürün yeni yönetimle olan teşrik-i mesaisi de hesaba katıldığında, yazarın liberal düzen yerine bir dikta rejimini yeğlemekte olduğu savunulabilir. Fakat bu yaklaşım, Schmitt'in oldukça sathi şekilde okunması anlamına gelecektir. Ne var ki bu tür konforlu ve kolaycı bir yaklaşım, Schmitt'in son derece derinlikli ve feraset ürünü olan teorisinin ihmal edilmesi ve deyim yerindeyse yabana atılması sonucunu doğurur. Nitekim böyle bir durumda, onun ortaya koyduğu kavramların günümüz anayasa hukukunun netameli konuları arasında bulunan asli kuruculuk meselesi bağlamında ne kadar değerli olduğu gözden kaçırılacak, dolayısıyla asli kurucu iktidarın anlaşılmasında Schmitt'in sağlayacağı açılımlardan yararlanılamayacaktır. Bu tespitin, bugünün demokrasilerinde nasıl bir geçerlilik payına sahip olacağı, haklı olarak akla gelebilir. çünkü Schmitt'in esasen liberal bir düzen kuran Weimar Anayasasına muarız oluşu dikkate alındığında, yazarın yaklaşımının günümüz anayasal demokrasileri bakımından işlerlik kazanması çelişkili bulunabilecektir. Ancak bu nokta, Schmitt'e orijinalliğini veren yönlerden biridir. Zira madalyonun diğer yönü çevrildiğinde de, yazarın ortaya koyduğu teori son derece tutarlı bir biçimde işlemeye devam etmektedir. Egemenin halk olarak tahayyül edildiği bu çeşit bir düzene Schmittçi bir yaklaşımla bakıldığında, asli kurucu iktidar olarak halk, asli mahiyette siyasi bir karar vererek yürürlükteki hukuku askıya almakta ve yeni bir anayasa yapmaktadır. Tali kurucu iktidarın anayasa üzerinde yaptığı değişiklikler, yürürlükteki

anayasal normlarla bağlı olduğu hâlde, asli kuruculuk anlamına gelen yeni bir anayasal düzenin ihdas edilmesi, yalnızca egemen tarafından yapılabilir. Bu ise mevcut düzenin askıya alınması, dolayısıyla Schmittçi anlamda olağanüstü hâle karar verilmesidir. İşte bu eşikte hukuk üretilmekte, tali kurucu iktidarın anayasa üzerinde yaptığı kısmi değişiklikler dâhil olmak üzere olağan dönemde yapılan bütün işlemler, egemenin istisnai hâlde ihdas ettiği hukuka göre işlemektedir. Bu çerçevenin kırılarak yeni bir hukuki düzen kurulması ise, yeni bir asli kurucu iktidarın doğmasına -dolayısıyla egemenin olağanüstü hâle karar vererek yeni hukuku üretmesine- bağlıdır.

Asli kurucu iktidarın politika ile olan irtibatı da inkâr olunamaz. Çünkü bahse konu eşğin saf anlamda hukuki bir düzlem olduğunu söyleyebilmek son derece güçtür. Gerçekten asli kurucu iktidar, yeni hukuki düzeni kurarken pek çok siyasi tercihte bulunmakta, bunu yaparken diğer alternatifleri de olumsuzlamaktadır. Burada Schmitt'in siyasi olana ilişkin kavramsallaştırması ilginç bir görünüm arz eder. Nitekim yazarın yukarıda ortaya konulan bütün siyasi kavramların polemik bir anlam taşıdıkları ve varlık şartı olarak ancak bir şeyin öteki sayılmasına bağlı oldukları yönündeki tasavvuru, asli kurucu gücün, karşısındaki pek çok seçenek arasından bir tercihte bulunduğu, bu durumun ise bir çeşit dost-düşman ayrımı yapmayı beraberinde getirdiği görülmektedir. Nitekim demokratik bir düzenin seçilmesi, her çeşit otoriter, totaliter ve dikta rejimlerinin tabir caizse düşmanlaştırılması sonucunu doğurmaktadır. Öyleyse asli kurucu iktidar suretinde ortaya çıkan halk burada dost ve düşman arasında bir ayrım yapmak suretiyle son derece siyasi bir karar vermektedir. Netice itibariyle olağanüstü hâle karar veren egemen, bu istisnai eşikte gerek hukuku ortaya koymakta, gerekse asli vasıflara sahip siyasi kararları da alabilmektedir. O hâlde anayasaların ihtiva ettiği, devletin temel kuruluşuna ve ideolojisine ilişkin tercihlerin, münhasıran egemen tarafından, dolayısıyla asli kurucu iktidar eliyle yapılabilmesi, kendisine Schmitt'in kaleminde son derece verimli bir teorik kaynak bulabilmektedir.

Görüldüğü üzere, yazarın icat ettiği formun birbirine taban tabana zıt tasavvurlar bağlamında geçerlik kazanabilmesi mümkün olabilmektedir. Bu yönüyle Schmitt'in egemen, hukuk düzeni ve devlete dair bu düşünceleri yaşadığı çağı etkilediği kadar, hâlen günümüz literatürünce de tartışılmaya devam etmektedir. Schmitt'in önermelerinin, başlangıçta kışkırtıcı görünse bile, ilerleyen satırlarda kendi içinde belirli bir tutarlılığa büründüğü ve kuvvetli bir mantık silsilesi çerçevesinde temellendirildiği, bu itibarla son derece güçlü bir entelektüel derinlik barındırdığı yadsınmamaktadır. Bu sebeptendir ki Schmitt, hayat hikâyesinde müşkül sayılabilecek birtakım noktalar bulunmasına rağmen, terkedilmek bir yana hâlâ bilimsel çalışmalara konu olabilmektedir. Ona yönelik bu ilginin ileride devam edeceği gibi, eleştirilerin de varlığını sürdüreceğini tahmin etmek güç değildir.

## KAYNAKÇA

- Agamben, Giorgio. “İstisnaî Durum, Hukuk Devleti ve Saf Şiddet: Politik Olanın Özü”, çev. D. Naci Kadızade, *Tezkire Düşünce Siyaset Sosyal Bilim Dergisi*, S. 34, Eylül-Ekim 2003.
- Aydoğan, Emine. “Descartes Metafiziğinde Tanrı Problemi”, *Atatürk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 50, 2013, ss. 91-100.
- Balcı, Mehmet Emin. “Carl Schmitt’in Değerlendirmeleri Doğrultusunda Modern Toplumda Siyaset-Siyaset Dışı İlişkisi”, *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 15, 2013, ss. 50-70.
- Bezci, Bünyamin. “Modern Türkiye’de Meşruiyetin Politik İçeriği: Schmittyen Bir Değerlendirme”, *Finans&Politik Ekonomik Yorumlar*, C. 44, S. 508, 2007, ss. 5-13.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang. “The Concept of Political: A Key To Understand Carl Schmitt’s Constitutional Theory”, *Law as Politics Carl Schmitt’s Critique of Liberalism (der. D. Dyzenhaus)*, 1. Basım, Duke University Press, Durham ve Londra.
- Çınar, Aliye. “Politik Teoloji”, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2, 2014, ss. 1-20.
- Descartes, René. *İlk Felsefe Üzerine Metafizik Düşünceler*, çev. Mehmet Karahasan, MEB Yayınları, İstanbul.
- Dyzenhaus, David. “Introduction: Why Carl Schmitt?”, *Law as Politics Carl Schmitt’s Critique of Liberalism (der. D. Dyzenhaus)*, 1. Basım, Duke University Press, Durham ve Londra.
- Gök, Ömer Faruk. “Schmitt ve Benjamin: İki Olağanüstü Hâl”, *Hukuk Kuramı*, C. 4, S. 3, Mayıs-Haziran 2017, ss. 1-13.
- Göztepe, Ece. “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in Anayasa Öğretisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 73, S. 1, 2015, ss. 129-180.
- Günsoy Kaya, Funda. “Politik Olan’ın Nötralizasyonu ve Devrimci Politika: Carl Schmitt’in Marx Okuması”, *Kaygı*, S. 19, 2012.
- Günsoy Kaya, Funda. *Felsefe ile Teolojinin Kavşağında: Schmitt ve Strauss’ta Politik Olan*, Paradigma, İstanbul, 2010.
- Güran, Enes. “Carl Schmitt: Olağanüstü Halde Hukuk”, *Felsefe Arkivi*, C. 46, S. 1, 2017, ss. 21-40.
- Karaaslan, Ebuzer. “Schmitt’in Hayaleti ve Parlamentarizmin Krizi”, *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 23, S. 91-92, 2018, ss. 179-200.
- Karadağ, Ulaş. “Schmitt’in Uğrakları Üzerine: ‘Kararcılık’tan ‘Somut Düzen’e”, *Hukuk Kuramı*, C. 5, S. 2, 2018, ss. 1-10.
- Karahöyük, Mustafa. “Modern Ötesi Dünyada Yasaların Meşruiyeti”, *Alternatif Politika*, C. 9, S. 2, 2017, ss. 228-249, s. 239.
- Kardeş, Murat Ertan. *Schmitt’le Birlikte Schmitt’e Karşı: Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Felsefesi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015.
- Mızrak, Dilan / Temiz, Özgür. “Hukuk ve Politika Türkiye’de Yaşanan Olağanüstü Dönemlerin Edebiyat Eserleri Işığında İncelenmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 67, S. 2, 2009, ss. 77-97.
- Özcan, Şefik. *Siyasi teoloji ve Sanatsal Olanın Tanımı II*, SkopBülten Ağ Sitesi, [http://www.eskop.com/skopbulten/siyasal-teoloji-ve-sanatsal-olanin-tanimi-ii/1661#\\_ednref1](http://www.eskop.com/skopbulten/siyasal-teoloji-ve-sanatsal-olanin-tanimi-ii/1661#_ednref1), (Erişim Tarihi: 01.01.2018).
- Öztürk, Armağan. “Schmitt’in Liberalliği”, *Felsefe Arkivi*, C. 46, S. 1, 2017, ss. 71-88.
- Rüthers, Bernd. “Yirminci Yüzyılın Siyasi Düşünürü: Carl Schmitt”, çev. Hüseyin Uzun/ Muaz Şeker, *KHUKA*, C. 9, S. 2, 2006.



Schmitt, Carl. *Siyasal Kavramı*, çev. Ece Göztepe, Metis Yayınları, İstanbul, 2014.

Schmitt, Carl. *Siyasi İlahiyat*, çev. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara, 2014.

Tuğrul, Saime. "Tek Tanrı'nın Aşkın Egemenliğinden Siyasinin İçkin Egemenliğine", *Amme İdaresi Dergisi* C. 46, S. 1, 2013, ss. 153-175.

Türkeli, Gözde. "Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, 2020, ss. 980-1005.

William, Galston. *Liberal Çoğulculuk: Değer Çoğulculuğunun Siyaset Teorisine ve Uygulamasına Yönelik Sonuçları*, çev. Zeynel Abidin Kılınç, Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, Sakarya, 2012.

Yılmaz, Sibel. "İstisna Hali' Üzerinden Bir Egemenlik Kavramı Tartışması Schmitt ve Agamben'in Teorileri Hakkında Bir Çalışma", *TBB Dergisi*, S. 132, 2017, ss. 383-410.

# ÇEVİRİLER

## TRANSLATIONS

## İslam Haksız Fiil Hukukunda Kusursuz Sorumluluk\*

**Abdul Basir Bin MOHAMED** 

Prof., Malezya Ulusal Üniversitesi, İslami Çalışmalar Fakültesi, Şariat Bölümü, Malezya, [abasir@ukm.edu.my](mailto:abasir@ukm.edu.my).

**Çevirenler**

**Emrah GÖKMEN** 

Arş. Gör., Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk, Tokat, Türkiye  
[emrahgokmeen@gmail.com](mailto:emrahgokmeen@gmail.com).

Makale Bilgileri	Öz
<p><b>Makale Geçmişi</b> <b>Geliş:</b> 30.08.2021 <b>Kabul:</b> 08.11.2021 <b>Yayın:</b> 22.12.2021</p> <p><b>Anahtar Kelimeler:</b> İslam haksız fiil hukuku, İngiliz hukuku, Mahkeme kararları, Kusursuz sorumluluk, Kusursuz sorumluluk ilkeleri.</p>	<p>İslam haksız fiil hukukunda kusursuz sorumluluğu konu edinen bu makale; İngiliz hukukunda kusursuz sorumluluk teorisinin mahkeme kararlarıyla birlikte ele alındığı ilk bölüm ile İslam hukukundaki kusursuz sorumluluğun ayet ve hadisler, konuyla ilgili külli kaideler ve fakihlerin görüşleriyle birlikte incelendiği devam eden bölümlerden oluşmaktadır. Son bölümde, İslam haksız fiil hukukundaki muhtemel bir problemin çözümünde dikkate alınabilecek teaddi, mübâşir ve müteşebbib gibi temel kavramlar üzerinde durulmaktadır. Makale, İslam hukukunda kusursuz sorumluluğun mevcut olduğu, İngiliz haksız fiil hukuku ve sair modern hukuktaki gelişmelerin de dikkate alınarak bu teorinin geliştirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.</p>

### Strict Liability in the Islamic Law of Tort

Article Info	Abstract
<p><b>Article History</b> <b>Received:</b> 30.08.2021 <b>Accepted:</b> 08.11.2021 <b>Published:</b> 22.12.2021</p> <p><b>Keywords:</b> Islamic tort law, English Law, Court decisions, Strict liability, Strict liability principles.</p>	<p>This article, which deals with strict liability in Islamic tort law, consists of the first section in which the theory of strict liability in English law is discussed together with court decisions, and the following sections in which strict liability in Islamic law is examined together with the verses and hadiths, the relevant general rules and the opinions of the jurists. In the last section, basic concepts such as taaddi, mubashir and mutasebbib, which can be taken into account in solving a possible problem in Islamic tort law, are emphasized. The article also emphasizes that there is strict liability in Islamic law and that this theory should be developed by taking into account the developments in English tort law and other modern law.</p>

**Atıf/Citation:** Mohamed, A. (2021). "İslam Haksız Fiil Hukukunda Kusursuz Sorumluluk", çev. E. Gökmen, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), s. 615-633.

**Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

\* Abdul Basir Bin Mohamed, "Strict Liability in the Islamic Law of Tort", *Islamic Studies*, Vol. 39, No. 3 (Autumn 2000), pp. 445-462. <http://www.jstor.org/stable/23076062> linkinden makalenin orijinaline erişebilirsiniz. Makalesinin tercümesi için verdiği izin dolayısıyla yazara teşekkürlerimi arz ederim.

## İslam Haksız Fiil Hukukunda Kusursuz Sorumluluk\*

İngiliz hukukunda davalının sorumluluğu kural olarak “kusur” ilkesine dayanmaktadır. Davalı, kasten veya ihmal yoluyla davacının menfaatine zarar verdiği için sorumlu tutulmaktadır. Kusur, kasıt ve ihmal olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Genel kuralın bir istisnası olarak, kasıt veya hata aranmaksızın, kazara meydana gelen zararlardan kusursuz sorumlu tutulabilen durumlar da bulunmaktadır. Bu tür sorumluluk, “kusursuz sorumluluk” (*strict liability*) olarak isimlendirilmektedir. İngiliz hukukunda kusursuz sorumluluk, Maliye Bakanlığı’nın kararını onaylayan Lordlar Kamarası’nın kararı formatında *Rylands v. Fletcher*<sup>1</sup> davasında bir kural olarak belirlenmiştir.

İslam hukukunda da haksız fiil sorumluluğunun “kusur”a dayandığı genel olarak bilinmektedir. Asıl soru ise, İslam hukuku tarafından haksız fiillerde kusursuz sorumluluğun kabul edilip edilmediğidir. Bu makale, haksız fiillerde kusursuz sorumluluğun İslam hukuku tarafından kabul edilip edilmediğini incelemeye çalışmaktadır. Bu soruyu cevaplamak için *Rylands v. Fletcher* davasındaki ölçü norm başta olmak üzere, İngiliz hukukundaki haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kuralları kullanacağız. İngiliz hukukundaki kusursuz sorumluluk kuralını kısaca açıklayarak konumuza başlayabiliriz. Böylelikle bu hukuk sistemindeki haksız fiil sorumluluğunun kapsamının açıklanması hedeflenmektedir. Benzer şekilde, İngiliz hukukundaki kurallar ışığında İslam hukukunda kusursuz sorumluluğun bir analizinin yanı sıra, haksız fiil sorumluluğunun İslam’daki tam anlamı ve bu sorumluluğun nereye kadar genişletilebileceği hususları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

İslam haksız fiil hukukunda kusursuz sorumluluğun çerçevesini belirlemek adına bu makalede benimsenen yöntem, Kur’an-ı Kerim’deki ilişkili ayetleri Hz. Peygamber’in (sav) sünnetinden gelen kurallar ile birlikte incelemektir. Bu sorumluluk türüyle ilgili olan fikhî kaideler (*kavaid-i fikhiyye*) daha sonra ele alınacaktır. Son olarak, tespit edilen kuralların anlamını detaylandırmak için Müslüman hukukçuların görüşleri tartışılacaktır. Maliye Mahkemesinin çoğunluğunun davacının davasını reddetmesine karşın, Maliye Komisyon Mahkemesi ve Lordlar Kamarası davacının iddiasını onamıştır.

\* “Kusursuz sorumluluk” isimlendirmesi, İslam sorumluluk hukuku sistemi içerisinde hatalı bir isimlendirme gözükmemektedir. Zira müellifin bu makalede verdiği/vereceği örneklerde ve fukaha görüşlerinde görüleceği üzere, İslam hukukçuları sorumluluk hukuku ilkelerini belirlerken ve önüne gelen olayları değerlendirirken insanın iç iradesiyle ilgili olan ve dolayısıyla sübjektif karakterli kusur ilkesi yerine, fiil ile zarar arasında illiyet bağının sağlanması kaydıyla; mübaşeret halinde failin fiili ile zarar arasındaki yakınlık nedeniyle teaddi (hukuka aykırılık) unsurunu aramamışlar, tessebbüb halinde ise teaddi unsurunu aramışlardır. Teammüd ise müteaddi içerisinde aranmakta olup teaddi olmaksızın bir sonuç doğurmaz. Mübaşir müteaddi olmasa da sorumlu tutulurken, mütesebbib ancak müteaddi ise sorumlu tutulmaktadır. Mecellede müteammid şeklinde geçen kaideden de anlaşılabilir failin fiilinin teaddi içermesi olup böylece fukahanın objektif nitelikte bir sorumluluk hukuku prensibi inşa ettiğini ifade edebiliriz. Detaylı bilgi için bkz: Kemal Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, İstanbul: İFAV Yayınları, 2013, s. 167, 169. Bu bilgilere dayalı olarak makale başlığının “*objective liability*” şeklinde olmasının daha isabetli olacağını düşünmekteyiz. (çev.)

<sup>1</sup> (1865), 3 H. & C. 774; 159 E.R. 737 (Court of Exchequer); (1866), L.R. 1 Ex. 265 (Court of Exchequer Chamber); (1868) L.R. 3 H.L. 330 (House of Lords), şu eserde alıntı yapıldığı gibi: Dias and Markesinis, *Tort Law* (Oxford: Clarendon Press, 1984), 267.

Maliye Bakanlığının bu davaya ilişkin kararı, daha sonraları haksız fiil hukukunda büyük önem taşıyan bir kural haline gelen yeni bir ilkeyi ortaya çıkarmıştır. Blackburn J., Sayıştay Mahkemesi'ndeki kararında şunları söylemiştir:

Bize göre Hukukun esaslı kuralı, kendi amaçları uğruna toprağını ele geçiren ve kaçması halinde zarara sebebiyet verecek herhangi bir şeyi toplayıp muhafaza eden kimsenin sorumluluğu kendisine almasının gerekmesidir; aksi takdirde, kaçışının doğal sonucu olarak meydana gelebilecek tüm zararlardan sorumludur.<sup>2</sup>

Yukarıdaki ifade açıkça göstermektedir ki Blackburn J. tarafından yeni bir kural formüle edilmiştir. Bu kurala göre; kaçması halinde zarar verecek olan bir şeyi arazisine getiren bir kimse, o şeyin kaçması ve komşularına zarar vermesi haline tam bir şekilde sorumlu olacaktır.

Blackburn'un ifadesinde yer alan temel ifade şudur: “Kaçması halinde zarar vermesi muhtemel herhangi bir şeyi kendi menfaatleri için arazisinde toplayan ve tutan kimse...” Sorumluluğun temeli, doğanın olağan akışıyla toprakta veya toprakta bulunmayan şeylerin yapay veya gönüllü birikimidir. Suyun neden olduğu üç zarar durumunu ayırt edersek, bu açıkça görülebilir:

1. Davalının arazisine yağmur yağar ve ortaya çıkan su, doğal yerçekiminden davacının mülküne geçer. Davalı, arazide doğal olarak olan şeyler için *Rylands v. Fletcher* hükmü uyarınca herhangi bir sorumluluk söz konusu olmadığından sorumlu değildir.
2. Su, doğanın olağan akışı içinde davalının arazisinde birikmekte ve davalı tarafından davacının arsasına onun normal faaliyetlerini makul bir biçimde sürdürmeye devam etmekteyken bırakılmaktadır. Su, doğanın olağan akışı içerisinde biriktiğinden davalı sorumlu değildir.
3. Su, davalı tarafından kendi amaçları için yapay olarak biriktirilmekte ve ardından davacının arazisine akmaktadır. Burada davalı sorumludur.<sup>3</sup>

(1) ve (2)'deki davalar ile (3)'teki dava arasındaki fark, davalının arazisinde doğal olarak bulunan suyun kaçması ile orada yapay veya gönüllü olarak biriken suyun kaçışı arasındaki farktır. Böyle bir ayırım için prensip nedenler, Blackburn J. tarafından açıkça belirtilmiştir:

Doğal olarak orada olmayan bir şeyi kendi mülkü üzerine getiren komşunun, kendi mülküyle sınırlı olduğu sürece başkalarına zararsız, ancak komşularının eline geçerse zarar verici olduğunu bildiği komşunun, zararı kendi malına kapatmayı başaramazsa, meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlüdür.<sup>4</sup>

## I. İNGİLİZ HUKUKUNA GÖRE KUSURSUZ SORUMLULUK

### *Rylands v. Fletcher* Davasındaki Kural

Bir değirmen sahibi olan davalı, değirmenine su sağlamak amacıyla arazisinde bir rezervuar inşa etmek için bağımsız işçiler (*ecîr-i müşterek*) kullanmıştır. Arazide, müteahhitlerin

<sup>2</sup> Tony Weir, *A Casebook on Tort*, third edition (London: Sweet & Maxwell, 1974), 363.

<sup>3</sup> R.F.V. Heuston and R.A. Buckley, *Salmon and Heuston on the Law of Torts* (London: Sweet & Maxwell Ltd., 1992), 314-315.

<sup>4</sup> Weir, *A Casebook on Tort*, 363. Ayrıca bkz: Heuston and Buckley, *Salmon and Heuston on the Law of Torts*, 315.



bilmediği, davacının sahip olduğu bitişik arazideki yeraltı madenleriyle bağlantılı bazı kullanılmayan maden kuyuları bulunmaktadır. Müteahhitler bu maden kuyularını fark edememişlerdir. Rezervuar suyla dolduğunda, madenler sular altında kalmıştır. Hangi hareket tarzının işe yarar olduğu ise açık değildir. Bu bir izinsiz giriş değildir (çünkü sel doğrudan ve ani değildi). Rahatsız edici de değildi (çünkü hasar, tekrarlayan herhangi bir durum veya durumdan kaynaklanmadı). Aynı zamanda ihmâl de değildi (çünkü davalılar ihmalkar değillerdi, yetkin ecîr-i müşterekler çalıştırmışlardı). Ecîr-i müştereklere gelince, suyu araziye getirmekle sorumlu değillerdi.

## II. İNGİLİZ HUKUKUNDA KUSURSUZ SORUMLULUĞUN UNSURLARI

Blackburn J. tarafından verilen Maliye Odası kararı, klasik bir doktrin ve kural açıklaması haline geldi. Kararın ifadesinden, sorumluluk oluşturmak için birkaç unsur çıkarılabilir:

### 1. Bir Şey Kaçırırsa Zarar Vermesi Muhtemeldir.

Bu unsur Blackburn J.'nin şu ifadesinden alınmıştır: "Bir şey kaçarsa yaramazlık yapma olasılığı olan her şeyi orada tutar". Bu ifadedeki ilk önemli nokta, bir kimsenin arazisine getirilen ve tutulan bir "şey" in kaçması halinde zarar verebilecek bir şey olup olmadığıdır. Bu nedenle, belirli bir şey bir davada kuralın kapsamında yer alırken başka bir davada ise yer almayabilir. Bir davanın hakikati hakim tarafından görüldükten ve bütün boyutlarıyla ele alındıktan sonra hakim, kaçan belirli bir şeyin kuralın kapsamı içerisinde yer alıp almadığına karar verecektir. İkinci önemli nokta da her olayın canlı ve cansız çok çeşitli şeyleri içerdiği ve kesin ve kapsamlı bir incelemeye tabi tutulması gerektiğidir.<sup>5</sup>

*Rylands v. Fletcher* davasındaki kural, kendi başına tehlikeli veya alt mod olmalarına bakılmaksızın, kaçmaları durumunda "zarar verme olasılığı" olan çeşitli şeyleri kapsayacak şekilde yorumlanmıştır. Bu kural, diğer şeylerin yanı sıra, ağaçlara, petrole, zehirli dumanlara, kömür madeni yağmalarına, yangına, gaza, patlamalara, elektrik, zehirli yapraklar, bayrak direğine, bir panayır alanındaki döner sandalyeye, fabrikadan, titreşimli çeşitli şeylerden ve hatta çürümüş bir çitten paslı bir telden gelen asitlere uygulanmıştır.<sup>6</sup> Mutfaktaki gaz, elektrik akımı ve diğerleri her zamanki durumunda veya miktarında olduğunda tamamen güvenli olabilir ancak kitle depolama durumu etkiler ve sorumluluğa yol açabilir.<sup>7</sup>

### 2. Arazinin Kullanımı Doğal Değildir.

Arazinin doğal olmayan kullanımı unsuru, Blackburn J.'nin yasaya ilişkin ifadesi aracılığıyla dolaylı olarak kabul edilebilir: "[Bu] makul görünüyor ve sadece kendi mülkü üzerine bir şey getiren komşu, doğal olarak orada olmayan, kendi mülküyle sınırlı olduğu sürece başkalarına zararsız". Ancak daha sonra Lord Cairn tarafından açıkça ortaya konmuştur: "sanıklar, yakınlarının doğal kullanımında durmayarak, onu, amaç için doğal olmayan bir kullanım olarak adlandırabileceğim herhangi bir amaç için kullanmak istediler".

<sup>5</sup> Alan Pannett, *Law of Torts*, 8th ed. (London: Pitman Publishing, 1997), 139.

<sup>6</sup> W.V.H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 11th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1979), 401-402; Pannett, *Law of Torts*, 139.

<sup>7</sup> Salleh Buang, *Law of Negligence in Malaysia* (Kuala Lumpur: Central Law Book Publications, 1990), 132.

Blackburn J.'nin kararında "doğal" veya "doğal olarak" sözcükleri en az sekiz kez görünse de, ona göre terimler yapay olarak yaratılmamış, doğal olarak toprakta anlamına geliyordu.<sup>8</sup> Sir John Salmond'a göre, Lord Cairn'in Blackburn J.'nin orijinal ifadesi üzerindeki bu ek açıklamasının avantajı, katı bir kuralı esnek bir kurala dönüştürmesi ve mahkemenin neyin doğal bir arazi kullanıcısı olup olmadığını belirlemesine olanak sağlamasıydı. sosyal ve ekonomik ihtiyaçlara ilişkin kendi görüşünü hayata geçirmek.

"Doğal" kelimesinin iki anlamı olabilir:

- (i) Arazide doğada veya doğada var olan ve yapay olmayan bir şey var olabilir.
- (ii) Yeryüzünde olağan ve olağan olarak var olan bir şey, yapay da olsa olabilir.

F.H. Newark, mahkemelerin artık doğal olmayan kullanıcıyı ikinci anlamda anladığına dikkat çekti. "Doğal olmayan kullanıcı"nın anlamı gelişmiş ve Lord Moulton tarafından Rickards v. Lothian'da ifade edilen yeni bir boyutta ortaya çıkmıştır.<sup>9</sup>

Bu ilkeyi devreye sokan şey, toprağın kullanıldığı her kullanım değildir (yani, Rylands v. Fletcher). Başkaları için artan tehlikeyi beraberinde getiren özel bir kullanım olmalı ve yalnızca toprağın olağan kullanımını veya toplumun genel yararına uygun bir kullanım olmamalıdır.

Lord Moulton'un yukarıdaki ifadesi bir örnekle şu şekilde açıklanabilir: A, kendi arazisinde maden işletmesi yapıyor ve bu şekilde komşusunun arazisini veya madenini su basmasına neden oluyor. Bu su baskını yalnızca yerçekiminden kaynaklanıyorsa, A sorumlu değildir; ancak, suyu pompalayarak biriktirmek A'nın eyleminden kaynaklanıyorsa, sorumludur.

Bu örnek, Lord Moulton'un, yalnızca toprağın olağan akışında kullanılması değil, başkaları için artan tehlikeyi beraberinde getiren mevcut özel kullanım nedeniyle sorumluluk yükleneceğine ilişkin beyanıyla ilgili olabilir. Bu, "davalı, yapay olarak araziye yeni ve tehlikeli bir madde sokmuştur" şeklinde tanımlanan "doğal olmayan kullanım" anlamına bağlanabilir.

### 3. Kişinin Kendi Amaçları İçin Arazisine Bir Şeyler Getirmesi

Bu unsur, doğrudan Blackburn J.'nin şu sözleri söyleyen kısmından tanınabilir: "Gerçek hukuk kuralının, kendi amaçları için toprağını getiren ve orada herhangi bir şey toplayan ve saklayan kişi olduğunu düşünüyoruz. kaçarsa yaramazlık yapması muhtemel, onu tehlikeye atmalı".<sup>10</sup>

Yukarıdaki ifade, davalı tarafında açık veya gönüllü bir birikim eyleminin olması gerektiği anlamına gelir. Karada doğal olarak bulunan şeyler ile karaya getirilen şeyler arasında açıkça bir ayrım vardır; sadece ikincisi kurala tabidir. Bu da göstermektedir ki, arazinin doğal olmayan kullanımını sayılacak şekilde davalının arazisine bir şey getirilse bile, o şeyi kendi amaçları için arazisine getirme unsuru başlı başına önemli bir unsurdur.

<sup>8</sup> Williams, "Nonnatural use of land", Cambridge Law Journal (1973), 310, a.g.e'de alıntılanmış gibi., 134.

<sup>9</sup> (1913) A.C., 263.

<sup>10</sup> Şuraya bak: η. 2, yukarıdaki ve takip eden yazıda görebilirsin.

Blackburn J.'nin kararındaki "kendi amaçları için" sözcükleri, kuralın yalnızca mal sahibinin nesneyi kendi amaçları için arazisine getirdiği durumlarda geçerli olduğunu ileri sürer; şey başkasının amaçları için getirildiğinde kural uygulanmayabilir."<sup>11</sup>

Yukarıdaki tartışmadan, "kendi amaçları için" ifadesinin, mahkemenin davalının kullanımının doğal olup olmadığını belirlemek için değerlendirdiği gönüllü veya kasıtlı niyet ile ilgili olduğunu söyleyebiliriz. Şey arazide doğal olarak mevcutsa (yani araziye getirilmediyse), davalı sorumlu değildir, örn. kayalar, haşarat, yabancı otlar (zehirli yabancı otlar hariç) veya sıkıntı yaratmadığı sürece sel suyu.

#### 4. Kaçış

Davalı, Rylands v. Fletcher kuralı uyarınca sorumlu bulunmadan önce, davacı, "tehlikeli" şeyin arazisine "kaçma" unsuru olduğunu göstermelidir. Bu unsur yoksa, davalı sorumlu değildir. Lordlar Kamarası tarafından Read v. J. Lyons & Co.<sup>12</sup> davasında belirtilen gerekçe buydu.<sup>12</sup> Bir inceleme sırasında, mermi doldurma dükkanında bir merminin patlaması sonucu temyiz eden kişi yaralandı. Herhangi bir ihmali bulunmamakta ve temyiz eden, Rylands v. Fletcher davasında dava açmıştır. Bununla birlikte, temyiz edenin davalıların mülkünde maruz kaldığı yaralanma nedeniyle, canlı mermiler tehlikeli olmasına rağmen, yaralanmaya neden olan mermilerden "kaçış" olmadığı için kuralın uygulanamayacağına karar verildi.

"Kaçış"ın anlamı Vikont Simon'un şu sözlerinden anlaşılabilir: "Davalının araziye işgal ettiği veya arazi üzerinde kontrolü olduğu bir yerden, işgali veya kontrolü dışındaki bir yere kaçış".<sup>13</sup>

Benzer şekilde, Weng Lok Mining Co. Ltd. v. Hiap Lee Brickmakers Ltd. davasında,<sup>14</sup> Federal Mahkeme, Rylands v. Fletcher davasındaki kuralın uygulanabilmesi için kaçış kanıtı olması gerektiğine karar vermiştir. Bu davada, bir maden şirketi olan temyiz edenler (sanıklar), bir rezervuardan araziye suyun kaçmasına izin vermektен Yüksek Mahkeme tarafından kural uyarınca (ayrıca ihmali ve rahatsızlık nedeniyle) sorumlu tutulmuştur. Federal Mahkemeye yapılan itirazda, Rylands'daki kuralın bu davada uygulanabilmesi için su kaçığının kanıtının olması gerektiğine karar verildi; Davalının delilleri, temyiz edenlere karşı ileri sürülen yükümlülüklerden herhangi birini ortaya koymamıştır ve sonuç olarak temyize izin verilmiştir.

Kısaca ifade etmek gerekirse, bu davalardan türetilen kusursuz sorumluluk hukuku ilkesi, karayoluna veya araziye tehlikeli bir şey getirildiğinde ve bitişik bir mülke zarar verdiğinde, şeyi karayolu veya araziye getiren kişinin, kesinlikle sorumlu olacaktır.

### III. İSLAM HAKSIZ FİİL HUKUKUNDA KUSURSUZ SORUMLULUK

Buraya kadar yapılan tartışmalar, İngiliz haksız fiil hukukunda kusursuz sorumluluk kuralının var olduğunu ve baştan sona uygulamaya konulduğunu ve uygulandığını açıkça göstermektedir. İslam hukukunda nasıl olur? İslam'ın temel referansı olan Kuran ve Sünnet'te bu tür bir sorumluluk olduğuna dair bir delil var mıdır?

<sup>11</sup> Buang, *Law of Negligence*, 131-132.

<sup>12</sup> (1947) A.C. 156.

<sup>13</sup> Weir, *A Casebook on Tort*, 375.

<sup>14</sup> *McGill Law Journal* (1972), 1: 156.

Haksız fiil hukuku uygulamasında, bireysel haksız fiil sorumluluğu doktrini, bireysel güvenliğin temellerinden biridir. Belirli bir haksız fiil için dava açılacak tek kişi haksız fiil failinin kendisidir ve bundan başka hiç kimse sorumlu tutulamaz. Bu nedenle, hiç kimse bir başkasının yükünün herhangi bir kısmını yüklenmez. Bu kurala hukukçuların deyimiyle "kesin sorumluluk kuralı" denir ve bilinir. Kuran ayetlerine, Peygamberimiz (sav)'in sünnetine ve İslam hukukçularının görüşlerine başvurularak açıklanabilir.

### **Kusursuz Sorumluluk Hakkında Kur'an Ayetleri**

Kur'an, "Hiç kimse başkasının yükünü taşıyamaz" vurgusu yaparak, haksız fiilde bulunanın kusurlu sorumluluğunu ortaya koymaktadır. (Kur'an, 6: 164; 35: 18)<sup>15</sup>

Yukarıdaki ayetten Seyyid Ebu'l-A'lâ Mevdûdi (ö. 1400 /1979) şöyle çıkarımda bulunmaktadır: "Her insan yaptığından sorumludur ve hiç kimse başkalarının amellerinden sorumlu değildir."<sup>16</sup> Aşağıdaki Kur'an ayetleri destek olarak zikredilmiştir:

"Suç, ancak zulümle insanlara zulmedenlere ve ülkede küstahça sınırları aşanlara karşıdır." (Şûrâ, 42:42) "Kim bir salih amel işlerse, nefesine fayda verir, kötülük yaparsa, nefesine zarar verir." (Kâfir Suresi, 15) "O, kazandığı her iyiliği alır, kazandığı her kötülüğü çeker." (Kâfir Suresi, 15) "Her nefis, amellerine karşılık rehidir." (Kur'an, 14/38) "Artık kim zerre ağırlığınca hayır yapmışsa onu görecektir! Kim zerre ağırlığınca kötülük yapmışsa onu görecektir." (Kur'an, 99:7-8) "Kim kötülük işlerse ona göre cezalandırılır." (Kur'an, 4:123)

Bu ayetler, kişinin kendi haksız fiil ve hatalarından başkasının sorumlu olmayacağına işaret etmektedir. Başkalarının haksız fiillerinden veya hatalarından kimse sorumlu tutulamaz.

### **Kusursuz Sorumluluk Hakkında Hadisler**

Kesin sorumluluk konusunda Peygamber (s.a.v.)'in hadisleri yukarıdaki ilkeyi özellikle doğrulamaktadır. Şöyle buyurdular: "Sen ona kötülük etmeyeceksin, o da sana kötülük etmeyecek."<sup>17</sup> Yine buyurdular ki: "Doğrusu oğlunuz size karşı suç işlemez, siz de ona karşı suç işlemezsiniz."<sup>18</sup> Başka bir hadiste, "Hiç kimse babası veya kardeşi tarafından işlenen bir suçtan dolayı tutuklanamaz" buyurdu.<sup>19</sup>

İngiliz hukukunda olduğu gibi İslam haksız fiil hukukunda da davalının sorumluluğu "kusur" veya "hata" ilkesi üzerine kuruludur. Diğer bir ifadeyle davalı, kasten veya hatası ile

<sup>15</sup> Bu makaledeki Kur'an ayetlerinin tercümesi şu esere dayanmaktadır: Abdullah Yusuf Ali, *The Meaning of the Glorious Quran* (London: Nadim & Co., 1983).

<sup>16</sup> Sayyid Abul A'lâ Mawdûdi, *Towards Understanding the Quran* (Leicester: The Islamic Foundation, 1408/1988), 2: 299.

<sup>17</sup> Abü 'Abd Allah Muhammad b. Yazîd Ibn Mâjah, *Sunan Ibn Mâjah* (Cairo: Isa al-Bâbî Halabî wa Shurakâh, n.d.), 2: 890. Bir kişi tarafından meydana getirilen haksız fiilde bunu yapanın sorumlu olması ve başkasının sorumlu olmaması anlamına gelmektedir.

<sup>18</sup> A.g.e., 2: 890; Abu Dâwud Sulaymân Ibn Ash'ath al-Sajistâni, *Sunan Abi Dâwud* (Cairo: Matba'at al-Sa'âdah, 1369/1950), 4: 168; Abu Muhammad 'Abd Allah b. 'Abd al-Rahmân Ibn al Fadl b. Bahrain al-Dârimi, *Sunan al-Darimi* (Cairo: Dar al-Fikr, 1398/1978), 2: 199. Ayrıca bkz: al Kawtharî, *Tartib Musnad al-Imdm al-Shdfi'i* (Cairo: Matba'at al-Sa'âdah, 1371/1951), 2: 98.

<sup>19</sup> Muhammad ibn 'Ali ibn Muhammad Al-Shawkânî, *Nay I al-Awtadr min Ahâdîth Sayyid al-Akhyâr Shark Muntaqad al-Akhdar* (Beirut: Dar al-Jil, 1393/1973), 7: 88; 'Abd al-Qâdir 'Awdah, *al-Tashri' al-Jind'i al-Islâmi Muqdranan bi al-Qdnün al-Wad'i* (Beirut: Mu'assasat al-Risâlah, 1413/1993), 1: 395.

davacının menfaatine zarar verecek şekilde hareket ettiğinden sorumludur. Böyle bir durumda, kusur veya hata unsuru; sırasıyla, kast veya ihmaldir.

Müslüman hukukçular, bir kişinin ihmali (*tefrît*) veya aşırılığı (*ta'addi*)<sup>20</sup> olmadıkça, kaybolan veya yok edilen şeyden sorumlu olmayacağı konusunda ittifak halindedirler.<sup>21</sup> Temel olarak niyet unsuru (*niyyah*) önemlidir. "Ameller niyetlere göre değerlendirilir ve herkes niyetine göre değerlendirilir" hadisine dayanmaktadır.<sup>22</sup>

Ancak genel kuralın bir istisnası vardır. Bir davalının, kasıt veya ihmalin varlığından bağımsız olarak, kaza sonucu meydana gelen zarardan kesinlikle sorumlu tutulduğu durumlar vardır.<sup>23</sup> Bu ifade, İslami kaideyle ilişkilendirilebilir: "Zarar izale edilmelidir (ortadan kaldırılmalıdır)".<sup>24</sup> Bu, ne kadar büyük olursa olsun (*fâhish*) yararlanmanın ortadan kaldırılması gerektiği anlamına gelir. Örneğin, bir evin yanına bir demirhane veya bir değirmen dikilir. Ev, demirden gelen çekiçle veya değirmen çarkının dönmesiyle zayıflar veya o demirhane veya değirmenden gelen çok miktarda duman veya kötü koku nedeniyle böyle bir evin sahibinin içinde oturması imkansız hale gelir. Bu eylemler, kaldırılması gereken ciddi yararlanmalar anlamına gelir.<sup>25</sup>

### Kusursuz Sorumluluk Üzerine İslam Külli Kaideleri (*Legal Maxims*)

Ayrıca, kurala bağlanabilecek birçok külli kaide vardır. Bunlar şunlardır:

1. Zarar mümkün olduğunca giderilmelidir.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> Niyet unsuru, Müslüman hukukçular tarafından kitaplarında sorumluluk için sıklıkla kullanılan hukuka aykırılık/*teaddi* unsuru ile bağdaştırılabilir. *Majallat al-Ahkâm al-'Adliyyah* (The Ottoman Islamic Civil Code of 1876) 'ulama' heyeti tarafından hazırlanmış, İngilizce tercümesi C.R. Tyser tarafından yapılmış, The Mejjelle (Lahore: The Punjab Educational Press, 1387/1967), articles 92 and 93.) Ama bazı zamanlarda fukaha, niyeti hata veya kast eylemlerinde bir sorumluluk unsuru olarak düşünmüyor: Malik b. Anas, *al-Muwatta'*, tr. Muhammad Rahimuddin (New Delhi: Kitab Bhavan, 1410/1989), 614; Mustafa b. Ahmad al-Zarqâ, *al-Fi'l al-Ddrr wa al-Damdn fih* (Damascus: Dar al-Qalam, 1409/1988), 78-79; Abû Muhammad Ghânim ibn Muhammad al-Baghdâdl, *Majma' al-Damndt* (Cairo: al-Matba'ah al-Khayriyyah bi al-Jamâliyyah, 1308/1890), 146; Jalâl al-Din 'Abd al-Rahmân b. al-Kamâl Abi Bakr ibn Muhammad al-Suyûtî, *al-Ashbâh wa al-Nazâ'ir* (Beirut: Dar al-Fikr, 1415/1995), 171. Detaylı bilgi için bkz: Wahbah al-Zuhaylî, *al-Fiqh al-Islâmî wa Adillatuh*, 5: 748-749.

<sup>21</sup> Muwaffaq al-Din Abu Muhammad 'Abd Allah b. Ahmad b. Muhammad Ibn Qudâmah, *al-Mughni* (Cario: Dar al-Manâr, 1367/1947), 5: 487; Mansur ibn Yûnus al-Bahûti, *Sharh Muntahd al-Irdddt* (Beirut: 'Âlam al-Kutub, n.d.), 4: 35; Ibn Najjar Muhammad ibn Ahmad al-Futühî, *Muntahd al-Irddât* (Cairo: Maktabat al-'Urûbah, 1381/1961), 1: 493.

<sup>22</sup> Muhammad ibn Ismâ'il Al-Bukhâri, *Sahih al-Bukhâri* (Istanbul: Al-Maktabah al İslâmiyyah, 1979), 1: 3-4.

<sup>23</sup> Detaylı bilgi için şuradaki örneklere bkz: *Majallah*, article 912, 913 and 914.

<sup>24</sup> Al-Suyûtî, *al-Ashbâh wa al-Nazâ'ir*, 92; Zayn al-Dîn b. Ibrahim Ibn Nujaym, *al-Ashbâh wa al-Nazâ'ir* (Cairo: Mu'assasat al-Halabî wa Shurakâh, 1387/1968), 85; *Majallah*, article 20: *Al-Darar yuzâl*. Bu külli kaide hakkında detaylı bilgi için bkz: Ahmad b. Muhammad al-Zarqâ, *Sharh al-Qawâ'id al-Fiqhiyyah* (Damascus: Dâr al-Qalam, 1409/1989), 179-183; 'Ali Ahmad al-Nadawî, *al-Qawâ'id al-Fiqhiyyah* (Damascus: Dâr al-Qalam, 1414/1994), 287-293.

<sup>25</sup> *Majallah*, article 1200; Abu T-Qâsim Muhammad Ibn Ahmad Ibn Juzayy, *al-Qawânîn al Fiqhiyyah* (Beirut: Maktabat Usâmah b. Zayd, n.d.), 224.

<sup>26</sup> *Majallah*, article 31; Mustafa ibn Ahmad al-Zarqâ, *al-Madkhalal-Fiqhîal-'Âmm* (Beirut: Dar al-Fikr, 1387/1968), 2: 981-982, no. 587: *Al-Darar yudfa' bi qadr al-inkân*.



Örneğin, bir kimse başkasına ait bir kuyunun yanına lağım çukuru veya lağım yapar ve suyunu kirletirse, yarayı alması gerekir. Yarayı çıkarmak mümkün değilse, lağımı veya lağımı kapatması sağlanmalıdır.<sup>27</sup>

2. Kamusal zararı önlemek için özel zarara tahammül edilmelidir.<sup>28</sup>

Örneğin, vasıfsız doktorlar uygulamadan alıkonulur, çünkü uygulamaları halka zarar verebilir.<sup>29</sup>

3. Kötülüğü kovmak, çıkar elde etmeye tercih edilir.<sup>30</sup>

Örneğin bir binada üst kat A'ya, alt kat B'ye aittir. (kat). Hiçbiri izin almadan diğerine zarar verecek bir harekette bulunamaz ve binanın kendisine ait olan kısmını da yıkamaz.<sup>31</sup>

Yukarıdaki örneklerden, kişilerin (fiskiye veya lağım yapımcısı, vasıfsız doktor ve alt ve üst kat sahipleri) başkalarına veya birbirlerine zarar vermemeleri gerekmektedir. Yapılan her türlü zarardan katı biçimde sorumludurlar. O halde bu sözler, meşhur "Zarar vermemek ve zarara karşılık vermemek gerekir" hadisiyle uyum içindedir.<sup>32</sup>

Buna ek olarak, Mecelle, kusursuz sorumluluk kuralı ile ilgili olabilecek iki küllî kaideyi daha verir. Bunlardan biri şöyledir: "Bir fiilin sorumluluğu onu yapana aittir, emri verene fiilin işlenmesini zorunlu kılmadığı sürece sorumluluk düşmez."<sup>33</sup> Bir başka küllî kaide de şöyle geçmektedir: "Bir fiili işleyen, kastı olmasa da sorumludur."<sup>34</sup>

### **Kusursuz Sorumluluk Hakkında Fukahanın Görüşleri**

Mecelle'den birkaç örnek daha vermek ve fakihlerin görüşlerini sunmak bu kuralı netleştirecektir.

1. Bir kimse, hakkını kullanırken başkalarının şahsına veya malına risk teşkil eden bir fiilde bulunursa, zararın meydana gelmesi halinde zarardan sorumlu tutulacaktır. Diğer kişilerin güvenliğini sağlamaktan sorumlu tutulmalıdır. Örneğin, bir kişi umuma açık bir yolda

<sup>27</sup> *Majallah*, article 1212.

<sup>28</sup> *Majallah*, article 26; al-Zarqā, *Sharh al-Qawā'id al-Fiqhiyyah*, 197-198; Mustafā Ahmad al-Zarqā, *al-Madkhal al-Fiqhī al-'Āmm*, 2: 984-985, no. 593; *Yutahammal al-darar al-khâss li daf al-darar al-'āmm*.

<sup>29</sup> Burhān al-Dīn 'Alī ibn Abī Bakr Al-Marghināni, *al-Hidāyah Sharh Bidāyat al-Mubtadi* (Riyadh: al-Maktabah al-Islāmiyyah, n.d.), 3: 281; Khalīl b. Ishāq, *al-Mukhtasar* (Damascus: Dar al-Fikr, 1401/1981), 348; 'Alī Haydar, *Durar al-Hukkām Sharh Majallat al-Ahkām* (Beirut: Dār al Kutub al-'Ilmiyyah, n.d.), 1: 36; al-Sayyid Sābiq, *Fiqh al-Sunnah* (Cairo: Dār al-Fath li al-'Ilām al 'Arabi, 1414/1994), 2: 580; Muhammad b. Ismā'il al-Kahlāni al-San'āni, *Subul al-Salām Sharh Bulūgh al-Marām* (Cairo: Mustafa al-Bābi al-Halabī wa Awlādūh, 1379/1960), 3: 250; Abu Dāwud, *Sunan*, 4: 195; Abu 'l-Fadl Ahmad b. 'Alī b. Muhammad ibn Hajar, *Bulūgh al-Marām min Adillat al-Ahkām* (Beirut: Dār al-Fikr, 1414/1993), 266.

<sup>30</sup> *Majallah*, article 30: *Dar'u al-mafāsīd awlā min jalb al-masālih*. [Def-i mefāsīd celb-i menāfidin evlādır. (çev.)]

<sup>31</sup> *Majallah*, article 1192; al-Marghināni, *al-Hidāyah*, 3: 109; Ibn Juzayy, *al-Qawānīn al-Fiqhiyyah*, 223

<sup>32</sup> Ibn Mājah, *Sunan*, 2: 784.

<sup>33</sup> *Majallah*, article 89: *Yudāf al-fā'il ilā al-fā'il lā al-āmīr ma lam yakitn mujbiran*. [Fiilin hükmü mücbir bir sebep olmadıkça failine izafe edilir, âmire izafe edilmez. (çev.)]

<sup>34</sup> *Majallah*, article 92: *Al-Mubashir dāmm wa in lam yata'ammad*. [Mübāşir müteammid olmasa dahi dāmindir. (çev.)]

kereste taşır ve yoldan geçen birinin üzerine bu kereste düşerse ve kişiye veya mala zarar verirse, meydana gelen hasardan taşıyıcı (*hâmit*) sorumlu tutulacaktır (*dâmin*).<sup>35</sup>

2. Eylemin kendisi tehlikeliyse, bunu yapan kişi, riski kendisine ait olmak üzere yaralanmadan sorumlu tutulacaktır. Örneğin, halka açık bir yol trafiğe yöneliktir ve bunun başka herhangi bir şekilde kullanımı izinsiz giriş anlamına gelir. Bu nedenle, bir adam umumi bir yolda projeksiyon yaparsa (banyo veya su musluğu inşası veya duvar dikmesi veya bir dükkân kurması gibi) ve projeksiyon yoldan geçen birinin üzerine düşer ve onu yaralar veya malına zarar verirse, Projeksiyon sahibi sorumlu olacaktır. Aynı şekilde, bir adam, hayvanını umuma açık bir yolda bağlar ve bir şeye (kişiye veya mala) zarar verirse, zarardan sorumlu olur.<sup>36</sup>
3. Herhangi bir kimse, bilerek veya bilmeyerek, kendi tasarrufunda veya emanet edildiği bir kimsenin elinde bir başkasının malına zarar verirse, zarardan kendisi sorumludur.<sup>37</sup>
4. Bir kimse, bir nehir barajı açarak insanları boğarsa veya ateş yayarsa veya bir binayı harap eder ve can kaybına neden olursa, yaptığından sorumludur.<sup>38</sup>
5. Bir kişi kayar ve üzerine düşerse ve bir başkasının malını tahrip ederse, zarardan kendisi sorumludur.<sup>39</sup>
6. Bir kimse, bir başkasının malını, kendisinin olduğuna dair yanlış bir inanişle yok ederse, zarardan kendisi sorumludur.<sup>40</sup>
7. Bir kimse, arazisine yasal olarak taş veya su gibi bir şey getirirse veya orada kalırsa veya arazisinden kaçarsa komşusuna doğal olarak fesat çıkaracak bir çukur kazarsa, zarardan sorumlu olur.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> A1-Marghmâni, *al-Hidâyah*, 4: 194; Muhammad al-Sharbîni al-Khatib, *Mughni al-Muhtâj* (Cairo: Mustafâ al-Bâbî al-Halabî wa Awlâduh, 1377/1958), 4: 205; Jamal al-Din Abu Muhammad 'Abd Allah b. Yûsuf al-Zayla'i, *Tabyin al-Haqâ'iq Sharh Kanz al-Daqâ'iq* (Cairo: Dar al-Kitâb al-Islâmî, t.y.), 5: 146; *al-Fatâwâ al-Hindîyyah*, Aurangzib' Alamgir'in himayesinde bir ulema heyeti tarafından derlenmiş (Beruit: Dar Ihyâ' al-Turâth al-'Arabî, 1406/1986) 6: 43; Sayyid 'Abd Allah Husayn, al-Ajwibah al-Khafifah (Cairo: al-Maktabah al-Mahmudiyyah al-Tijâriyyah, 1378/1958), 387; Hasan b. Mansûr b. Mahmud al-Farghâni, *Fatâwâ Qâdikhân on the margin of al-Fatâwâ al-Hindîyyah* (Beirut: Dar Ihyâ' al-Turâth al-'Arabî, 1406/1986), 3: 251 and 458; Muhammad Ibn Hasan al-Shaybâni, *al-Jâmi' al-Saghir on the margin of Kitâh al-Kharâj* (Cairo: Matba'at al-Amiriyyah bi Bülâq, 1302/1884), 119; *al-Jâmi' al-Saghir* (Beirut: 'Alam al-Kutub, 1406/1986), 514-515; Abu Zakariyyâ Yahyâ ibn Sharaf al-Nawawi, *Minhâj al-Tâlibin wa 'Umdat al-Muftin* (Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, 1996), 306; Ibn Qâdi Samâwanah, *Jâmi' al-Fusûlayn* (Cairo: al-Matba'ah al-Kubrâ al-Amiriyyah bi Bülâq, 1300/1882), 2: 88; Muhammad Amin b. 'Umar ibn 'Abidin, *Hâshiyah Radd al-Muhtâr* (Beirut: Dar al-Fikr, 1412/1992), 5: 523; al-Laknawi, *al-Nâfi' al-Kabir printed with al-Shaybâni, al-Jâmi' al-Saghir* (Beirut: 'Alam al-Kutub, 1406/1986), 514; *Majallah*, article 926.

<sup>36</sup> Ibrahim b. Muhammad b. Salim b. Duwayyân, *Manâr al-Sabil fî Sbarb al-Dalil* (Beirut: al Maktab al-Islami, 1404/1984), 1: 439; *al-Fatâwâ al-Hindîyyah* (Beirut: Dar Ihyâ' al-Turâth al-'Arabî, 1406/1986), 6: 40, 50; *Majallah*, article 934.

<sup>37</sup> *Majallah*, article 912.

<sup>38</sup> Abû Muhammad 'Ali ibn Hazm, *al-Muhallâ* (Beirut: al-Maktab al-Tijâri wa al-Nashr wa al-Tawzi', t.y.), 2: 19-31.

<sup>39</sup> *Majallah*, article 913.

<sup>40</sup> *Majallah*, article 914.

<sup>41</sup> *Al-Fatâwâ al-Hindîyyah*, 6: 45-47; Sayyid 'Abd Allah Husayn, *al-Ajwibah al-Khafifah*, 390; al-Sharbîni al-Khatib, *Mughni al-Muhtâj*, 4: 83. Hanefi fakihlere göre yukarıda yer alan olayın çözümü istihsan kuralı ile uyumlu bir biçimde yapılmıştır.

## 8. Ayrıca İbn Kudâme (ö. 620/1223) şunları kaydeder:

*Ajir mushtarak* (bağımsız işçi) fiilinin verdiği zarardan, hamal ise başından düşen yükten sorumludur. Deve sürücüsü, deveyi yönlendirme veya sürme şeklinden veya yükü sabitleyen halatların kopmasından kaynaklanan zararlardan sorumludur.<sup>42</sup>

Kusursuz sorumluluk tartışmasına gelince, mübaşeret (doğrudan sebep olma) ve tessebbub (dolaylı sebep olma) kuralı unutulamaz. Hatta *ta'addi* (ihlal veya haddi aşma) unsuru da önemli bir husustur. Mübaşeret, helak sebebini kendi kendine yaratmak demektir; örneğin birini öldürmek, bir şey yemek veya bir şeyi yakmak gibi. *Tesebbüb*, bir şeyin yok olmasına yol açan koşulları yaratmak demektir. Yani, olayların normal seyrinde başka bir şeyin yok olmasına neden olan bir eylemde bulunmaktır. Mübaşeret, helâl olmayan bir yerde kuyu kazarak başkasına ait bir hayvanın kuyuya düşüp ölmesidir. Kuyuyu açan kişi sorumlu tutulur. Ancak, hayvanın kuyuya doğru hareket ettirilmesine başkası sebep olur ve bunun sonucunda hayvan kuyuya düşer ve kendini yaralar veya ölürse, hayvanı kuyuya doğru hareket ettiren kişi sorumluluk alır. Bu da *tesebbüb* halidir.<sup>43</sup>

*Ta'addi* (hukuka aykırılık) kelimesi, "bir başkasının hakkına veya onun mülkiyetine karşı dokunulmaz olan eylem" anlamına gelir.<sup>44</sup> Aynı zamanda "hak kuralının ihlali ve başkasının hakkına tecavüz" anlamına gelir.<sup>45</sup> Mübaşir tarafından yapılan haksız fiilde (doğrudan nedene dayalı haksız fiil) *et-ta'addi* unsuru dikkate alınmaz.<sup>46</sup> Mübaşir, *ta'addi* unsuru olsun veya olmasın tüm haksız fiil fiillerinden sorumlu olacaktır. Bu, Ebu Muhammed Ganim ibn Muhammed el-Bağdadi'nin (ö. yaklaşık 1027/1618) şu ifadesinden anlaşılmaktadır: "Bir mübaşir (doğrudan haksız fiil) suç işlemese de sorumludur (*yata 'add/et-ta 'addi*).<sup>47</sup>

Benzer şekilde, Mecelle'de şöyle geçmektedir: "Bir fiili, kasten olmasa bile (*yeta'ammad*) yapan mübaşir sorumludur."<sup>48</sup> "Kasten olmasa da (*ve in lam yeta'ammad!*)" kelimeleri, "Hukuka aykırı davranmasa da (*Ve in lam yata'add*)" sözüyle değiştirilebilir<sup>49</sup>. Dolayısıyla, bir mübaşir, kaza veya yanlışlıkla bir başkasının şahsına veya malına veya uzuvlarına zarar verir veya zarar

<sup>42</sup> İbn Qudâmah, *al-Miğhni*, 5: 479.

<sup>43</sup> Abu Hamid Muhammad ibn Mahmud Al-Ghazâlî, *al-Wajiz* (Beirut: Dar al-Ma'rifah, 1399/1979), 1: 205-206; al-Sharbinî al-Khatîb, *Mughni al-Muhtâj*, 4: 83; *Majallah*, article 887 and 888; al-Zuhaylî, *al-Fiqh al-Islâmi wa Adillatuh*, 5: 741; İzz al-Dîn b. 'Abd al-Salâm, *Qawâ'id al-Ahkâm fi Masâlih al-Anâm* (Cairo: Umm al-Qurâ, t.y.), 2: 154-155; Shihâb al-Dîn al-Qarâfî, *al-Furûq* (Beirut: Dar al-Ma'rifah, t.y.), 4: 27; Zayn al-Din Abd al-Rahmân b. Ahmad Ibn Rajab, *al-Qawaid fi al-Fiqh al-Islâmi* (Beirut: Dâr al-Jil, 1408/1988), 218.

<sup>44</sup> Al-Zarqâ, *al-Fi'l al-Dârr*, 78: *Al-Mujâwazah al-fi'liyyah ila haqq al-ghayr aw milkihi al ma'sûm*.

<sup>45</sup> Abû 'I-Hasan 'Ali b. 'Abd al-Salâm Al-Tasûlî, *al-Bahjah fi Sharh al-Tuhfab* (Beirut: Dar al Rashâd, 1412/1992), 2: 344; Subhi Mahmassâni, *The Philosophy of Jurisprudence in Islam*, tr. Farhat J. Ziadeh (Malaysia: Penerbitan Hizbi, 1408/1987), p. 173. Mukhtasar'ın içinde, Khalil b. Ishâq notlarında, 220. sayfada, *ta'addi* fiili, hakikatte, hududu aşmayı ifade etmektedir; "sınırın ötesine geçmek (*to go beyond*)". Bu söz, yasal sınırları aşacak şekilde bir başkasının mülküne karşı yöneltilen herhangi bir eylem için geçerlidir.

<sup>46</sup> Al-Zayla'i, *Tabyin al-Haqâ'iq*, 5: 149.

<sup>47</sup> Al-Baghdâdi, *Majma' al-Damânât*, 146 and 165: *Al-Mubdshir dâmin wa in lam yata'add*. [Mübaşir, müteammid olmasa da dâmindir. (çev.)]

<sup>48</sup> *Majallah*, article 92. *Al-Mubashir min wa in lam yata'ammad*. [Mübaşir müteammid olmasa da dâmindir. (çev.)]

<sup>49</sup> Al-Zuhaylx, *Nazariyyat al-Damân* (Damascus: Dar al-Fikr, 1402/1982), 196.

verirse, büyük ya da küçük, uykuda ya da uyanık, mal onun veya başkalarının (*fi milkihi am fi ghayr milkihi*) mülkiyetinde olsun, mesuliyet ona aittir.<sup>50</sup>

Kıyasası, mübâşeret haksız fiillerinde ta'addi ve te'ammud unsurları şart olarak kabul edilmez. Örneğin:

1. Mübâşir olarak uyuyan kimse, bir başkasının veya herhangi bir kimsenin malı, tahribat veya ölüme sebep olursa, mesuliyet ona aittir.<sup>51</sup> Onun haksız fiilleri, uyanık birinin haksız fiilleri gibidir.<sup>52</sup>
2. Mübâşir gibi küçük olan, yere idrarını yaparsa ve başkasının elbisesine zarar verirse sorumlu olur.<sup>53</sup>
3. Mübâşir olan bir kimse, bir başkasının elbisesini sürükleyerek gözyaşına sebep olursa, bundan mesul olur.<sup>54</sup>

Kısaca mübâşirin fiillerinde teaddî unsuru önemli bir şart değildir. Dolayısıyla mübâşire karşı haksız fiil davası açıldığında kendisine kusursuz sorumluluk kuralı uygulanacaktır. Mütesebbib tarafından haksız fiil (dolaylı sebeple haksız fiil) hallerinde, teaddî unsuru sorumluluk şartı olarak kabul edilir. Mecelle şöyle yazar: "Bir mütesebbib, kasten (*teammud*) olmadıkça, meydana gelen herhangi bir zarardan sorumlu değildir".<sup>55</sup>

"Kasten olmadıkça (*illa bi al-ta'ammud*)" kelimeleri, "ihlal olmadıkça (*illa bi al-ta'addi*)" kelimeleri ile değiştirilebilir. Teaddî, kast unsurunun var olup olmamasına bakılmaksızın dolaylı nedenle<sup>56</sup> haksız fiilden sorumluluğun bir şartıdır.<sup>57</sup> Ancak mütesebbibin sorumluluğunun şartlarının şu şekilde olduğu kanaatinde olan görüşler vardır:

(i) *Al-Mutammid (al-ta'ammud)*

(ii) *Al-Mu'tadî (al-ta'addi)*<sup>58</sup>

Fakihlerin çoğu, *müteaddîyi (ta'addi)* şart olarak kullanmayı tercih eder, çünkü *müte'ammid (te'ammud)* unsuru, *müte'addi'ye (te'addi)* dahildir. Gerçekten de, mütesebbibin haksız fiil unsuru olarak *ta'addi* unsuru mevcut değilse, sorumluluk (daman) ona yüklenmez.<sup>59</sup>

<sup>50</sup> Mâlik b. Anas, *al-Muwatta'*, 614; al-Zuhayli, *Nazariyyat al-Damân*, 196; al-Zarqâ, *Sharh al-Qawâ'id al-Fiqhiyyah*, 454; *Majallah*, articles 912-916.

<sup>51</sup> Al-Zarqâ, *Sharh al-Qawâ'id al-Fiqhiyyah*, 454; al-Zuhayli, *Nazariyyat al-Damân*, 197; al-Baghdâdî, *Majma' al-Damânât*, 165.

<sup>52</sup> Al-Baghdâdî, *Majma' al-Damânât*, 146, 182.

<sup>53</sup> Al-Zuhayli, *Nazariyyat al-Damân*, 197. Reşit olmayan kimseler tarafından meydana getirilen zarar üzerine yapılan tartışmanın detayları için bkz: *Majallah*, article 916.

<sup>54</sup> *Majallah*, article 915. Bu, bir kimsenin başkasının elbisesi üzerine oturup birdenbire ayağa kalkıp elbisesini yırtması örneğine benzer. Al-Baghdâdî, *Majma' al-Damânât*, 152.

<sup>55</sup> *Majallah*, article 93: *Al-Mutasabbib la yadmanu illa bi al-ta'ammud*. [Teammüd olmadıkça mütesebbib dâmin olmaz. (çev.)]

<sup>56</sup> *Majallah*, article 924: *Yushtarau al-ta'addi li yaküna al-tasabbub müjiban li al-män...* [Tesebbübün sorumluluğu gerektirmesi için teaddî şart koşulur. (çev.)]

<sup>57</sup> Al-Zuhayli, *Nazariyyat al-Damân*, 198.

<sup>58</sup> Ali Haydar, *Durar al-Hukkâm*, 1: 83; Salîm Rustam Bâz, *Sharh al-Majallah* (Beirut: Dâr al-Kutub al-'Umîyyah, 1305/1887), 1: 60; al-Zarqâ, *Sharh al-Qawâ'id al-Fiqhiyyah*, 455.

<sup>59</sup> Al-Zuhayli, *Nazariyyat al-Damân*, 198-99. Kendisinin şu kitabına da ayrıca bkz: *al-Fiqh al-Islâmi wa Adillatuh*, 5: 749; Ibn Juzayy, *al-Qawânin al-Fiqhiyyah*, 218.

Dolayısıyla yukarıdaki özdeyişteki *ta'ammud* kelimesi *ta'addi* olarak yorumlanmıştır. Bu durum fukahanın bazı ifadeleriyle de uyum içerisindedir. Serahsi (ö. 483/1090) şöyle demiştir: "Haksız fiil eyleminde *müte'addî* (*teaddî*) unsuru bulunmadığında sorumluluk mütesebbibin üzerinde değildir".<sup>60</sup> Zeylâ'î (ö. 762/1360) şu kuralı zikreder: "Teskîb, içinde ta'addi unsurunun bulunmasını gerektirir. Aksi halde mübaşirde teaddi gerekmez".<sup>61</sup> El-Bağdadi şu kuralı kaydetmiştir: "Muta'addi olmadıkça Mütesebbib sorumlu değildir".<sup>62</sup> İbn Âbidîn (ö. 1252/1836), "Mütesebbib müteaddi olduğunda mesuldür" hükmünü belirtmiştir.<sup>63</sup>

Tartışmayı açıklayan bazı örnekler şunlardır:

1. Rüzgâr esiyorken bir kimse kendi arazisinde ateş yakar ve ateşi başka bir yere üflerse ve bunun sonucunda bir şey yanarsa, ta'addi işlemiş olarak zarardan kendisi sorumludur. Ancak, yangın çıktıktan sonra rüzgâr onu estirir ve yangının bir başkasının malını yakmasına neden olursa sorumlu değildir,<sup>64</sup> çünkü ta'addi unsuru yoktur.
2. Bir mütesebbib, normal olmayan bir şekilde (*hilâfî'l-âdet*) kendi arazisine su toplar ve dökerse, su başkasının arazisine kaçır (*ta'addi*) ve orada bir şeye zarar verirse, bundan doğan zarardan sorumlu olur çünkü ta'addi unsuru mevcuttur. Ancak, suyu normal bir şekilde (*hash al-'âdeh*) dökerse ve suyun kaçma olasılığının düşük olduğunu bilirse, ancak ne yazık ki su başka bir kişinin arazisine kaçarsa, sorumlu değildir. Burada *ta'addî* unsuru yoktur.<sup>65</sup>
3. Bir mütesebbibin umumî yol üzerinde bir kuyu kazar da başkasına ait bir hayvan oraya düşer ve mahvolursa sorumlu olur. Ama kendi toprağında kuyu kazar da başkasının hayvanı oraya düşer ve helak olursa sorumlu olmaz, çünkü teaddi unsuru ikincisinde yoktur, birincisinde vardır.<sup>66</sup>

#### IV. İSLAM HUKUKUNDA KUSURSUZ SORUMLULUĞUN İLKELERİ

Bir olayın kusursuz sorumluluk kapsamına girip girmeyeceğinin tespiti için yerine getirilmesi gereken bazı unsurlar vardır. İslam'da, bir davanın kusursuz sorumluluk davası olarak

<sup>60</sup> Abü Bakr Muhammad b. Ahmad ibn Abi Sahl al-Sarakhsi, *al-Mabsût* (Beirut: Dar al Ma'rifah, 1406/1986), 27: 22, *Al-Mutasabbib idhâ lam yakun muta'addiyan lâ yakûna dâminan*. [Mütesebbib müteaddî olmadıkça dâmin olmaz. (çev.)]

<sup>61</sup> Al-Zayla'î, *Tabytn al-Haqâ'iq*, 5: 149: *Tasbib wa fih yushtarât al-ta'addi...wa fi al mubdsharah lâ yushtarât*. [Teskîbde teaddî şart koşulur. Mübaşerette ise şart koşulmaz. (çev.)]

<sup>62</sup> Al-Bağhdâdî, *Majma' al-Damânât*, 146 and 165: *Al-Mutasabbib lâ illâ idbâ kâna muta'addiyan*. [Mütesebbib ancak müteaddî olması halinde sorumludur. (çev.)]

<sup>63</sup> İbn 'Âbidin, *Hâshiyah*, 6: 596: *Al-Mutasabbib yadman idhâ kâna muta'addiyan*. [Mütesebbib müteaddî ise tazminle sorumlu olur. (çev.)]

<sup>64</sup> Al-Marghinâni, *al-Hidâyah*, 4: 192; al-Zayla'î, *Tabyin al-Haqâ'iq*, 5: 144; al-Sharbini al Khatib, *Mughni al-Muhtâj*, voi. 2, 278 and voi. 4, 83; al-Sarakhsi, *al-Mabsût*, vol. 27, 23; Khalîl b. Ishaq, *Mukhtasar*, 348; *al-Fatâwâ al-Hindiyyah*, 6: 42; İbn Juzayy, *al-Qawânîn al-Fiqhiyyah*, 218; 'Ali Haydar, *Durar al-Hukkâm*, 1: 83.

<sup>65</sup> Al-Sharbini al-Khatîb, *Majma' al-Damânât*, 4: 83; al-Sarakhsi, *al-Mabsût*, 27: 23; Husayn, al-Ajwibah al-Khafifab, 390; *al-Fatâwâ al-Hindiyyah*, 6: 47; 'Ali Haydar, *Durar al-Hukkâm*, 1: 83; al-Bağhdâdî, *Majma' al-Damânât*, 164.

<sup>66</sup> Al-Marghinâni, *al-Hidâyah*, 4: 193; al-Sharbini al-Khatîb, *Mughni al-Muhtâj*, 4: 82-83; al Zayla'î, *Tabyin al-Haqâ'iq*, 5: 145; İbn Juzayy, *al-Qawânîn al-Fiqhiyyah*, 218; *al-Fatâwâ al-Hindiyyah*, 6: 45, 47; al-Farghâni, *Fatâwâ Qâdikhân*, 3: 460-461; Salîm Rustam Bâz, *Sharh al-Majallah*, 1: 515; 'Ali Haydar, *Durar al-Hukkâm*, 1: 83; al-Bağhdâdî, *Majma' al-Damânât*, 146; al-Zuhaylî, *Nazariyyat al-Damân*, 199; *Majallah*, article 924.



karara bağlanmasından önce, birkaç unsurun incelenmesi gerektiği görülmektedir. Bu bölümde İslâm hukukçuları tarafından kaleme alınan olayların göre bu unsurlar incelenecektir.

### 1. Birinin Arazisine Su (veya Herhangi Tehlikeli Bir Şey) Getirmek

Yukarıdaki gereklilik, arazinin doğal olmayan kullanımı başlığı altında da ele alınabilir. Toprağın doğal olmayan kullanımı yoluyla veya olağan dışı bir şekilde su veya herhangi bir şey biriktiren bir kişi, kendi tehlikesi altında, ona zarar vermemekle yükümlüdür. Suyun birikme şekli, ister bir rezervuarda, bir boruda, bir kanalda, bir kanalizasyonda veya bir toprak yığnında toplanmış olsun, onu toplayan kişi, onun kaçmasından ve başkasının malına zarar vermesinden sorumludur.

Hanbeli mezhebine göre, bir kimse arazisine su akıtır ve su davacının mahalline akar ve zarar verirse, davalı bunu olağan şekilde yaptığından dolayı ve eylemde aşırıya kaçmadığından (*tafrıt*, ihmal) sorumlu tutulamaz. Müteaddi değildir, çünkü ameli meşrudur (hukuka uygundur). Bununla birlikte, davalı, arazisine çok miktarda su akıtarak ihlal ederse (*yata 'addi*) ve suyun davacının arazisine daha yoğun bir şekilde akmasına neden olduğu ve bu da su miktarının davacının mülküne zarar veren bir yol teşkil ettiğinden sorumludur.<sup>67</sup>

Mâlikî fakihleri, bir kimsenin, arazisinde akan suyu kullanmasına engel olunması veya komşusunun arazisine akacağını bildiği veya arazisine su akıttığı ve komşusunun duvarına zarar verildiği hususunda ittifak etmişlerdir. "Zarar veren, onu durdurmaya teşvik etmelidir" şeklinde bir teori geliştirmişlerdir.<sup>68</sup> Öte yandan, zarar meydana gelmemişse, kişi komşularının faaliyetini engellememelidir. Ek olarak, iki yaralanma meydana gelebilirse, daha az yaralanma, ağır olanın değerlendirilmesini ortadan kaldırır.<sup>69</sup>

İbn Ferhûn (ö. 799/1396) da şöyle meseleyi teorize etmiştir: "Muhakkak ki komşuya zarar veren engellenmelidir."<sup>70</sup> Ayrıca o, "Kimsenin komşusuna zarar vermesi caiz değildir" demektedir.<sup>71</sup> Sonuç olarak, hiç kimsenin arazisine zarar verebilecek herhangi bir şey getirmesine ve bulundurmasına izin verilmez. Komşusunun arazisine kaçarsa, onunla ilgilenmek ve kaçmasını önlemekle yükümlüdür. Su konusunda, *Tabsirat al-hukkâm*'ın yazarı, barajlara (*jusür*) etrafını çevreleyen bir duvar olmadan su getiren kişinin meydana gelen her şeyden sorumlu olduğunu belirtir. Aynı şekilde barajları çevrelerse, onları ihmal ederse ve sular barajları yıkıp komşu araziye akarsa, zarardan sorumlu olur. Zarar, ihmalden değil de Allah'ın fiilinden (*emr min Allah*) kaynaklanıyorsa sorumlu değildir.<sup>72</sup>

Şafii okulunda, Şeyh Muhammed eş-Şirbini el-Hatîb (ö. yaklaşık 920/1513), eğer bir adam arazisine doğal olarak su sularsa ve bu şekilde sulanan su toprağa akarsa, suyun sorumluluğunu kısaca tartışır. Olağan uygulamaya aykırı olarak sulama yaparsa veya bir delik olduğunu bilse de makul öngöründe bulunmayı ihmal ederse sorumluluk doğar. Belirli bir kanuni yükümlülüğü ihlal

<sup>67</sup> Ibn Qudâmah, *al-Mughni*, 5: 453. See also Duwayyân, *Manâr al-Sabil*, 1: 438; al-Bahüti, *Shark Muntahâ al-İrâdât*, 2: 270, 426; Mansûr ibn Yûnus al-Buhûti, *al-Rawd al-Murbî* (Beirut: Dar al-Kutub al-'Arabi, 1406/1986), 300.

<sup>68</sup> Muhammad ibn Ahmad Ibn Juzayy, *al-Qawânin al-Fiqbiyyah*, 223-224.

<sup>69</sup> Abu 'l-Walîd Sulaymân ibn Khalf al-Bâji, *Fusûl al-Ahkâm* (Cairo: al-Dâr al-'Arabiyyah II al-Kitâb, 1406/1985), 208.

<sup>70</sup> Ibrahim b. 'Ali al-Ya'mari ibn Farhûn, *Tabsirat al-Hukkâm* (Cairo: al-Matba'ah al Bahiyyah, 1302/1884), 2: 257.

<sup>71</sup> A.g.e., 2: 258.

<sup>72</sup> A.g.e., 2: 244

ederek dikkatsiz veya ihmalkar davranan kişi<sup>73</sup> veya Şîrâzî'ye (ö. 476/1083) göre suyu su için olağan uygulamaya aykırı sulama kullanırsa *muta'addin* sayılır.<sup>74</sup>

Hanefi fakihlerine göre, bir kimse toprağını sularsa ve bir başkasının toprağına su akarsa ve orada zarar verirse, onun kıyâsa göre sorumlu olmadığını, çünkü o araziye kullanmakta serbest olduğunu, yani mülkiyetini kullandığını naklederler. yasal haklara sahip ve akan su doğal özelliği olarak kabul ediliyor. Ama eğer suyun komşusunun arazisine akacağını bilirse, istihsan gereği zarardan sorumlu olur.<sup>75</sup> Başka bir deyişle, olağan eyleme tarzına aykırı biçimde (*ghayr mu'tad*) arazisini sulayan kişi, su başka birinin arazisine taşıdığından sorumludur.<sup>76</sup> Aynı şekilde, bir başkasının malları bir musluğun (mîzâb) altına konulursa ve musluğun sahibi su musluğunun içinden su akıtır ve ürünlere zarar verirse, bu kimse sorumludur. Başka bir durumda, bir kimse, kendi arazisinde, suyu tutamayacak durumda olan suyu taşıyıp, başkasının arazisine tecavüz ettirirse, birincisi sorumludur.<sup>77</sup> Ancak, arazisinin taşkını içerebileceğine inanıyorsa, kişi için sorumluluk yoktur.<sup>78</sup> Aynı şekilde, arazi sınırı suyu engelleyemeyecek taşlık bir bariyerle çevriliyse ve arazi sahibi, taşlı bariyerin buna dayanamayacağını biliyor olduğu halde meydana gelen zarardan sorumludur. Aksi takdirde, zararın meydana geleceğini bilmiyorsa sorumlu değildir.<sup>79</sup> Başka bir durumda, su bir kimse tarafından kendi arazisinde sulama için kullanılırsa ve doğrudan komşusunun arazisine akar ve orada kalırsa, kişi sorumludur.<sup>80</sup> O halde, kendi maksadıyla arazisine getiren veya üzerinde biriktiren veya kaçması halinde fesat çıkarması muhtemel suları toplayan kimse bundan mesul olmalıdır.

Genel olarak, su ile ilgili sorumluluk, suyun doğal olarak karada olup olmamasına veya yapay olarak birikip birikmediğine veya bir şekilde müdahale edilip edilmediğine bağlıdır. Daha düşük seviyedeki arazinin sahibi, arazisine daha yüksek seviyeden doğal olarak akan sudan şikayet edemez. Bununla birlikte, yüksek arazinin sahibi, arazisini kurutursa, suyun alt komşusunun arazisine izinsiz gireceğini bilirse sorumludur. Üst kat malikinden alt kata akan suyu engellemek için baraj kurması istenmeli ve baraj yapılana kadar arazisini boşaltması engellenmelidir.<sup>81</sup>

## 2. Sudan Kaçış (*ta'addi*)

Hanbelî, Mâlikî, Şafîî ve Hanefî metinlerinden örnekler, sorumluluk açısından "kaçış" unsurunun önemli bir faktör olduğunu göstermektedir. Müslüman hukukçular tarafından sözü edilen suya karşı sorumluluk ilkesinin, su kaçığının *teaddi* yoluyla veya normal uygulamanın aşılmasından kaynaklandığı ve başkalarının zarara uğradığı durumlarda, davalıların kesinlikle sorumlu olduğunu öngördüğü söylenebilir. Özetle, "kaçış" kelimesi, İslam hukukçularının

<sup>73</sup> Al-Shaykh Muhammad al-Khatib al-Sharbini, *Mughni T-Muhtâj*, 4: 83. Ayrıca bkz: al-Shirâzi, *Kitâb al-Tanbih* (Cairo: Matba'at al-Taqaddum al-'Umiyyah, 1319/1901), 72.

<sup>74</sup> Abu Ishâq İbrahim ibn 'Ali al-Shirâzi, *al-Muhadhdhab* (Damascus: Dar al-Qalam, 1412 /1992), 2: 210. Ayrıca şuradaki tartışmaya bkz: Sulaymân al-Jamal, *Hâshiyat al-Jamal 'ala Sharh al-Minhaj*, 5: 83.

<sup>75</sup> Al-Sarakhsi, *al-Mabsût* 27: 23; Ibn 'Âbidin, *Hâshiyah*, 6: 88; al-Baghdâdi, *Majma' al-Damânât*, 162-163.

<sup>76</sup> Ibn 'Âbidin, *Hâshiyah*, 6: 89; 'Abd Allah ibn Mahmud al-Müsili, *al-Ikhtiyâr li Ta'lil al-Mukhtâr* (Beirut: Dar al-Kutub al-'Umiyyah, n.d.), 3: 79.

<sup>77</sup> Al-Sarakhsi, *al-Mabsût*, 27: 23; al-Baghdâdi, *Majma' al-Damânât*, 162

<sup>78</sup> Al-Farghânî, *Fatâwâ Qâdikhân*, 3: 251; al-Baghdâdi, *Majma' al-Damânât*, 165.

<sup>79</sup> Qâsim b. Qatlûbughâ, *Kitâb Müjâbât al-Ahkâm wa Wâqî'ât al-Ayyâm* (Baghdad: Matba'at al-Irshâd, 1404/1983), 369

<sup>80</sup> A.g.e., 368.

<sup>81</sup> Al-Baghdâdi, *Majma' al-Damânât*, 163; Ibn 'Âbidin, *Hâshiyah*, 6: 89; al-Farghânî, *Fatâwâ Qâdikhân*, 3: 461.

"*ta'addi*" olarak kabul edilen el kitaplarında yer almaktadır. Bu kelime, kendi anlamında, bu tartışmadaki "kaçış" kelimesinin karşılığı olarak kabul edilebilir. Ancak bazı Müslüman hukukçular, "*ta'adde*" dışında "kaçış" olarak da çevrilebilecek "*harace*" kelimesini kullanırlar.<sup>82</sup> Yukarıdaki bu iki kelimenin haricinde, Müslüman hukukçular tarafından el yazmalarında suyun sorumluluğunu tartışılırken, "*sâla/yasîlu*" veya "*nazala/yanzîlu*" kelimesi de zaman zaman kullanılır.

### 3. Mübaşir ve Mütesebbib

Her durumda, bu iki tür insandan kaçınılamaz. Belirli bir dava mübaşiri içeriyorsa, teaddi unsurunun bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, kusursuz sorumluluk kuralı ona katı bir şekilde uygulanacaktır. Ancak, bu durumda mütesebbib söz konusu ise, mahkeme teaddi unsurunun var olup olmadığını inceler. Varsa kusursuz sorumluluk kuralı uygulanır, yoksa uygulanmaz.

### 4. Zarar

Bu tür bir haksız fiil başlı başına bir haksız fiil olmadığı için davacı zararını ispat etmek zorundadır. Bu nedenle, davalı ancak fiili zararın firdandan kaynaklanması durumunda sorumludur. Bununla birlikte, akla gelebilecek hemen hemen her tür zarar eyleme geçirilebilir. Bu nedenle taşınmazlara, arazi ve demirbaşlara verilen fiziki zararlar ile bir kimsenin malına ve bedenine verilen zararlar için dava açılabilir. Özetle denilebilir ki, İslâm hukukçularının yazılarında zikredilen zarar, ziyan ve ziyan fiillerinin tamamına yakını dava sebebi olabilir. Davalı, davacıya ve mülküne zarar vermekten ve zarar vermekten sorumlu olmalıdır.

## SONUÇ

Özetle, yukarıdaki tartışma açıkça göstermektedir ki, kusursuz sorumluluk kuralı İslam'da mevcuttur ve İslam haksız fiil hukukuna yabancı değildir. Bununla birlikte, onu değişen koşulların gereklerini karşılayacak şekilde geliştirmek için hem ihtiyaç hem de değişim çerçevesi var gibi görünüyor ve bunu yaparken Müslüman hukukçular, İngiliz haksız fiil hukukundaki gelişmeler gibi modern zamanlarda dünyanın farklı yerlerinde meydana gelen hukuki gelişmeleri göz önünde bulundurabilirler ve bunları dikkate almalıdırlar. Bunun nedeni, İngiliz hukukunda bu kuralın uzun bir süre boyunca yoğun ve kapsamlı bir şekilde uygulanmış olmasıdır. İslam'daki haksız fiil halleri ışığında, mütesebbib tarafından haksız fiil işlenirse, teaddi unsuru varken kendisine kusursuz sorumluluk kuralının uygulanacağı; ancak bu unsur yoksa, bu kuralın uygulanmayacağı belirtilmelidir. Buna karşılık, mübaşir haksız fiil hallerinde teaddi unsuru önemli bir şart değildir. Teaddi unsurunun varlığına bakılmaksızın herhangi bir zarardan kesinlikle sorumlu olacaktır.

## KAYNAKÇA\*

Abd al-Qâdir 'Awdah, *al-Tashri' al-Jind'i al-Islâmi Muqdranan bi al-Qdnün al-Wad'i* (Beirut: Mu'assasat al-Risâlah, 1413/1993).

Abu Ishâq İbrahim ibn 'Ali, *al-Muhadhdhab* (Damascus: Dar al-Qalam, 1412 /1992).

Ali Haydar, *Durar al-Hukkâm Sharh Majallat al-Ahkâm* (Beirut: Dâr al Kutub al-'Ilmiyyah, t.y.).

<sup>82</sup> Muhammad b. Hasan Al-Shaybânî, *Kitâb al-Asl* (Beirut: 'Alam al-Kutub, t.y.) 4: 527; al Sarakhsî, *al-Mabsût*, 27: 23.

\* Makalenin orijinalinde yer almamasına karşın tarafımızca yazarın verdiği dipnotlar gözetilerek oluşturulmuştur. (çev.)

*al-Fatāwā al-Hindiyyah*, Aurangzib' Alamgir'in himayesinde bir ulema heyeti tarafından derlenmiş (Beirut: Dar Ihyā' al-Turāth al-'Arabī, 1406/1986)

Baghdādi, Abū Muhammad Ghānim ibn Muhammad, *Majma' al-Damndt* (Cairo: al-Matba'ah al-Khayriyyah bi al-Jamāliyyah, 1308/1890).

Bahūti, Mansur ibn Yūnus, *Sharh Muntahd al-Irdddt* (Beirut: 'Ālam al-Kutub, t.y.)

Bāz, Salīm Rustam, *Sharh al-Majallah* (Beirut: Dār al-Kutub al-'Umiyyah, 1305/1887).

Buang, Salleh, *Law of Negligence in Malaysia* (Kuala Lumpur: Central Law Book Publications, 1990).

Bukhāri, Muhammad ibn Ismā'il, *Sahih al-Bukhāri* (Istanbul: Al-Maktabah al-Islāmiyyah, 1979).

Dārimi, Abu Muhammad 'Abd Allah b. 'Abd al-Rahmān Ibn al Fadl b. Bahrain, *Sunan al-Dar imi* (Cairo: Dar al-Fikr, 1398/1978).

Dias ve Markesinis, *Tort Law* (Oxford: Clarendon Press, 1984).

Dīn b. 'Abd al-Salām, *Qawā'id al-Ahkām fi Masālih al-Anām* (Cairo: Umm al-Qurā, t.y.).

Farghāni, Hasan b. Mansūr b. Mahmud, *Fatāwā Qādikhān on the margin of al-Fatāwā al-Hindiyyah* (Beirut: Dar Ihyā' al-Turāth al-'Arabī, 1406/1986).

Futūhī, Ibn Najjar Muhammad ibn Ahmad, *Muntahd al-Irddāt* (Cairo: Maktabat al-'Urūbah, 1381/1961).

Ghazālī, Abu Hamid Muhammad ibn Mahmud, *al-Wajiz* (Beirut: Dar al-Ma'rifah, 1399/1979).

Heuston, R.F.V. ve Buckley, R.A., *Salmon and Heuston on the Law of Torts* (London: Sweet & Maxwell Ltd., 1992).

Khafifah, Sayyid 'Abd Allah Husayn, al-Ajwibah (Cairo: al-Maktabah al-Mahmudiyyah al-Tijāriyyah, 1378/1958).

Khatib, Muhammad al-Sharbīnī, *Mughni al-Muhtāj* (Cairo: Mustafā al-Bābī al-Halabī wa Awlādūh, 1377/1958).

Khalīl b. Ishāq, *al-Mukhtasar* (Damascus: Dar al-Fikr, 1401/1981).

Kawtharī, *Tartib Musnad al-Imdm al-Shdfi'i* (Cairo: Matba'at al-Sa'ādah, 1371/1951).

Laknawī, *al-Nāfi' al-Kabir printed with al-Shaybāni, al-Jāmi' al-Saghir* (Beirut: 'Ālam al-Kutub, 1406/1986).

Mahmassāni, Subhi, *The Philosophy of Jurisprudence in Islam*, tr. Farhat J. Ziadeh (Malaysia: Penerbitan Hizbi, 1408/1987).

Malik b. Anas, *al Muwatta'*, tr. Muhammad Rahimuddin (New Delhi: Kitab Bhavan, 1410/1989).

*Majallat al-Ahkdm al-'Adliyyah* C.R. Tyser tarafından İngilizce'ye çevrilmiş (The Ottoman Islamic Civil Code of 1876) The Mejelle (Lahore: The Punjab Educational Press, 1387/1967).

Mawdūdī, Sayyid Abul A'lā, *Towards Understanding the Quran* (Leicester: The Islamic Foundation, 1408/1988).

Marghināni, Burhān al-Dīn 'Ali ibn Abi Bakr, *al-Hidāyah Sharh Bidāyat al-Mubtadī* (Riyadh: al-Maktabah al-Islāmiyyah, t.y.).

Nadawī, Ali Ahmad, *al Qawā'id al-Fiqhiyyah* (Damascus: Dār al-Qalam, 1414/1994).

Nawawī, Abu Zakariyyā Yahyā ibn Sharaf, *Minhāj al-Tālibin wa 'Umdat al-Muftin* (Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, 1996).

Sarakhsi, Abū Bakr Muhammad b. Ahmad ibn Abi Sahl, *al-Mabsūt* (Beirut: Dar al Ma'rifah, 1406/1986).

San'ani, Muhammad b. Ismä'il, *Subul al-Saläm Sharh Bulügh al-Maräm* (Cairo: Mustafa al-Bâbi al-Halabî wa Awläduh, 1379/1960).

Sajistâni, Abu Dâwud Sulaymân Ibn Ash'ath, *Sunan Abi Dâwud* (Cairo: Matba'at al-Sa'adah, 1369/1950).

Sayyid Säbiq, *Fiqh al-Sunnah* (Cairo: Dâr al-Fath li al-I'lâm al 'Arabi, 1414/1994).

Shaybâni, Muhammad Ibn Hasan, *al-Jâmi' al-Saghir on the margin of Kitâh al-Kharäj* (Cairo: Matba'at al-Amiriyyah bi Bülâq, 1302/1884).

Shawkänl, Muhammad ibn 'Ali ibn Muhammad, *Nay I al-Awtdr min Ahâdith Sayyid al-Akhyâr Shark Muntaqd al-Akhbdr* (Beirut: Dar al-Jil, 1393/1973).

Shirâzi, *Kitâb al-Tanbih* (Cairo: Matba'at al-Taqqaddum al-'Umiyyah, 1319/1901).

Shirâzi, Abd Allah ibn Mahmud al-Müsili, *al-Ikhtiyâr li Ta'lil al Mukhtâr* (Beirut: Dar al-Kutub al-'Umiyyah, t.y.).

Suyüti, Jalâl al-Din 'Abd al-Rahmân b. al-Kamâl Abi Bakr ibn Muhammad, *al-Ashbâh wa al-Nazâ'ir* (Beirut: Dar al-Fikr, 1415/1995).

Rogers, W.V.H., *Winfield and Jolowicz on Tort*, 11th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1979).

Pannett, Alan, *Law of Torts*, 8th ed. (London: Pitman Publishing, 1997).

Tasüli, Abü 'I-Hasan 'Ali b. 'Abd al-Salâm, *al-Bahjah fi Sharh al-Tuhfab* (Beirut: Dar al Rashäd, 1412/1992)

Ibrahim b. Muhammad b. Salim b. Duwayyân, *Manâr al-Sabil fi Sbarb al-Dalil* (Beirut: al Maktab al-Islami, 1404/1984).

Ibn 'Abidin, Muhammad Amin b. 'Umar, *Hâshiyah Radd al-Muhtâr* (Beirut: Dar al-Fikr, 1412/1992).

Ibn Hazm, Abü Muhammad 'Ali, *al-Muhallâ* (Beirut: al-Maktab al-Tijâri wa al-Nashr wa al-Tawzi', t.y.).

Ibn Hajar, Abu 'I-Fadl Ahmad b. 'Ali b. Muhammad, *Bulügh al-Maräm min Adillat al-Ahkâm* (Beirut: Dâr al-Fikr, 1414/1993).

Ibn Farhün, Ibrahim b. 'Ali al-Ya'mari, *Tabsirat al-Hukkâm* (Cairo: al-Matba'ah al Bahiyyah, 1302/1884).

Ibn Mâjah, Abü 'Abd Allah Muhammad b. Yazîd, *Sunan Ibn Mâjah* (Cairo: Isa al-Bâbi Halabî wa Shurakâh, t.y.).

Ibn Nujaym, Zayn al-Dîn b. Ibrahim, *al-Ashbâh wa al-Nazâ'ir* (Cairo: Mu'assasat al-Halabî wa Shurakâh, 1387/1968).

Ibn Rajab, Zayn al-Din Abd al-Rahmân b. Ahmad, *al-Qawaid fi al-Fiqh al-Islâmi* (Beirut: Dâr al-Jil, 1408/1988).

Ibn Qâdi Samâwanah, *Jâmi' al-Fusûlayn* (Cairo: al-Matba'ah al-Kubrâ al-Amiriyyah bi Bülâq, 1300/1882).

Ibn Qudâmah, Muwaffaq al-Din Abu Muhammad 'Abd Allah b. Ahmad b. Muhammad, *al-Mughni* (Cario: Dar al-Manâr, 1367/1947).

Ibn Juzayy, Abu 'I-Qâsim Muhammad Ibn Ahmad, *al-Qawânîn al Fiqhiyyah* (Beirut: Maktabat Usâmah b. Zayd, t.y.).

Qâsim b. Qatlûbughä, *Kitâb Müjâbat al-Ahkâm wa Wâqi'ât al-Ayyâm* (Baghdad: Matba'at al-Irshäd, 1404/1983).

Weir, Tony, *A Casebook on Tort*, third edition (London: Sweet & Maxwell, 1974).

Williams, "Nonnatural use of land", *Cambridge Law Journal* (1973).



Yusuf Ali, Abdullah, *The Meaning of the Glorious Quran* (London: Nadim & Co., 1983).

Zarqâ, Mustafa b. Ahmad, *al-Fi'l al-Drr wa al-Damdn fih* (Damascus: Dar al-Qalam, 1409/1988).

Zarqâ, Ahmad b. Muhammad, *Sharh al Qawâ'id al-Fiqhiyyah* (Damascus: Dâr al-Qalam, 1409/1989).

Zarqâ, Mustafa ibn Ahmad, *al-Madkhalal-Fiqhial-'Àmm* (Beirut: Dar al-Fikr, 1387/1968).

Zarqâ, Mustafa b. Ahmad, *al-Fi'l al-Drr wa al-Damdn fih* (Damascus: Dar al-Qalam, 1409/1988)

Zayla'î, Jamal al-Din Abu Muhammad 'Abd Allah b. Yûsuf, *Tabyin al-Haqâ'iq Sharh Kanz al-Daqâ'iq* (Cairo: Dar al-Kitâb al Islâmi, t.y.).

Zuhayli, *Nazariyyat al-Damân* (Damascus: Dar al-Fikr, 1402/1982).

Kararlar:

(1865), 3 H. & C. 774; 159 E.R. 737 (Court of Exchequer).

(1866), L.R. 1 Ex. 265 (Court of Exchequer Chamber).

(1868) L.R. 3 H.L. 330 (House of Lords).